Jahrbuch

des

gemeinen deutschen Rechts

herausgegeben

von

Dr. Ernst Immanuel Bekker,
Professor in Greifswald

und

Dr. Theodor Muther,
Professor in Königsberg.

Zweiter Band.

Leipzig,
Verlag von S. Hirzel.
1858.

Inhalt.

I.

Das Peculium im römischen und heutigen Recht.

Von Professor Dr. **Dietzel** in Leipzig.

Das Peculium ist für die Nationalökonomie der Römerwelt ebenso charakteristisch wie für das römische Rechtssystem. Vielleicht ist hier der Ausdruck recht gegriffen, wenn ich das Peculium als einen der 'organischen Bestandtheile des römischen Privatrechts bezeichne. Dabei verdient auch Beachtung, daß, obwohl die Sclaverei im Alterthum eine allgemeine Erscheinung des socialen Lebens ist (iuris gentium), das Peculium doch nur im römischen Recht sich findet. Das Peculium selbst ist iuris civilis, wie die römische potestas über Hauskinder und Sclaven. Wenn in Rücksicht auf die Personen das römische Privatrecht durch die Begriffe des paterfamilias und filiusfamilias so scharf sich zeichnet, so geschieht dies nicht minder in sachlicher und commercieller Hinsicht durch die Begriffe patrimonium (bona) und peculium.

Von diesem Gesichtspunkt aus ist die nachfolgende Abhandlung geschrieben. Unsre Wissenschaft des römischen Rechts, sowohl die Rechtsgeschichte als die Lehrbücher, kennen das Peculium nur als Stückgut, als eine einzelne Sache, die direct aus dem Vermögen des Vaters kommt, z. B. statt aller Anderen Savigny: „ein abgesondertes Stück seines Vermögens". Durch die Ausscheidung dieses Stückgutes läßt man den Sohn, den Sclaven „zum selbstständigen Verwalter" werden: das ist die Absicht des Vaters, der ihn also „gewissermaßen zum institor macht." Und hieraus erklärt sich, daß der Vater mit der actio de peculio

I.

Das Peculium im römischen und heutigen Recht.

Von Professor Dr. Dietzel in Leipzig.

Das Peculium ist für die Nationalökonomie der Römerwelt ebenso charakteristisch wie für das römische Rechtssystem. Vielleicht ist hier der Ausdruck recht gegriffen, wenn ich das Peculium als einen der organischen Bestandtheile des römischen Privatrechts bezeichne. Dabei verdient auch Beachtung, daß, obwohl die Sclaverei im Alterthum eine allgemeine Erscheinung des socialen Lebens ist (iuris gentium), das Peculium doch nur im römischen Recht sich findet. Das Peculium selbst ist iuris civilis, wie die römische potestas über Hauskinder und Sclaven. Wenn in Rücksicht auf die Personen das römische Privatrecht durch die Begriffe des paterfamilias und filiusfamilias so scharf sich zeichnet, so geschieht dies nicht minder in sachlicher und commercieller Hinsicht durch die Begriffe patrimonium (bona) und peculium.

Von diesem Gesichtspunkt aus ist die nachfolgende Abhandlung geschrieben. Unsre Wissenschaft des römischen Rechts, sowohl die Rechtsgeschichte als die Lehrbücher, kennen das Peculium nur als Stückgut, als eine einzelne Sache, die direct aus dem Vermögen des Vaters kommt, z. B. statt aller Anderen Savigny: „ein abgesondertes Stück seines Vermögens". Durch die Ausscheidung dieses Stückgutes läßt man den Sohn, den Sclaven „zum selbstständigen Verwalter" werden: das ist die Absicht des Vaters, der ihn also „gewissermaßen zum institor macht." Und hieraus erklärt sich, daß der Vater mit der actio de peculio

hafte. Dies ist die gemeine Anschauung der Sache, die nur selten etwas modificirt erscheint. Diese Lehre beruht aber historisch auf einem Anachronismus und ist dogmatisch unvereinbar mit den Quellen. Man übersieht dabei gänzlich die Geschichte des Peculium und verkennt darum eben so sehr dessen Wesen als die hiernach gebildete actio de peculio. Der Gedanke, der Sclave Sohn sei institor, ist nicht entfernt richtig. Das Peculium der Hauskinder zur Zeit Justinians (seit l. 6 C. de bonis quae lib. 6, 61) ist ein ganz andres als das der römischen Juristen (der Digesten); nur bei den Sclaven ist das Peculium der Digesten auch noch unter Justinian dasselbe. Die actio de peculio ruht auf diesem Peculium der Digesten; und dieses altrömische Peculium ist nach dem damaligen Verkehr, nach dem prätorischen Edict und nach dem hierdurch bestimmten Dogma der Juristen kein Stückgut, sondern ein genau entsprechendes Nachbild des patrimonium. Die römischen Juristen konnten das Peculium nicht besser bezeichnen als durch quasi-patrimonium. Dieser Ausdruck ist der Schlüssel für die Geschichte und das Dogma des Peculium; in ihm sind die wichtigen Sätze enthalten, erstens daß das Peculium nach einer Seite rechtlich wie patrimonium erscheine und gelte; zweitens, daß das Peculium ein Attribut des Hauskindes ist, wie das patrimonium ein Attribut des paterfamilias ist; ein Attribut, d. h. jeder Sclave hat ein Peculium in demselben Rechts-Sinne, wie jeder paterfamilias ein patrimonium hat. Ohne diesen zweiten Satz kann das Dogma der actio de peculio nicht verstanden werden. Soweit das Peculium als quasi-patrimonium. Daß es doch nicht patrimonium ist, bewirkt die potestas: nach ihr erscheint das Peculium als väterliches Gut. Der Collision im Leben entspricht die Collision im Recht; es ist eine sehr interessante Frage, wie der Widerstreit beschwichtigt wird, ohne gehoben zu werden, wie zwei Gegensätze, die sich ausschließen, im Leben und Recht neben einander sich behaupten. Das Leben sprach für das quasi-patrimonium gegen die juristische Consequenz der patria potestas; die endliche Entwickelung zeigt das Peculium als patrimonium des

Hauskindes. So ist die Collision gehoben zu Gunsten der Hauskinder.

Das ist im Ganzen das Resultat der gegenwärtigen Abhandlung. Sie soll das Peculium in seiner Geschichte verfolgen und darthun, daß schon im justinianischen Recht für die actio de peculio aus der Person der Hauskinder kein Raum mehr gewesen. Daß in unserem gemeinen und heutigen Recht alle Voraussetzungen fehlen, soll zwar schon hier theilweise ausgeführt werden; doch soll Manches einer zweiten Abhandlung aufgehoben werden, wo ich über die juristische Natur des heutigen Peculium ausführlich mich verbreiten will. Um dieser zweiten Arbeit willen ist diese geschrieben und veröffentlicht. Ich bezwecke zwar keine Monographie, aber doch eine erschöpfende Charakterisirung, und bin auch so noch genöthigt, manche Punkte, die mit dem mittelbar praktischen Zweck der gegenwärtigen Abhandlung nichts zu thun haben, einer besonderen Untersuchung zu überweisen.

I.

Die Existenz und die ganze Eigenthümlichkeit des Peculium ist eine Folge der potestas oder des alienum ius, dem Personen oder Sclaven zugewiesen sind. In dieser römischen potestas liegt, daß nur deren Inhaber Vermögensrecht hat; nur auf seiner Seite ist ius im Sinn des römischen Rechtssystems, auf der andern Seite hat nur Statt, was nicht ius ist d. h. factum. Das factum ist aber bald Voraussetzung des ius, so z. B. das consentire für die contractliche Obligation (emere, societatem coire u. s. w.), das tradere für die Eigenthumsübertragung (das dare), bald Ausübung des ius, so z. B. das Besitzen und Haben, das exhibere, restituere. Man sieht, durch das factum wird das ius vermittelt und realisirt. Soweit das facere reicht, soweit hat die potestas keine absorbirende Kraft, z. B. die Stipulatio des Sclaven possidere mihi licere spondes? gilt.[1] Aber eine Folge jener

1) Vgl. l. 38 § 6—8. l. 130 D. de verb. obl. 45, 1 mit l. 45 § 4. l. 56 §. 2. 3. eod. So erklärt sich auch, daß l. 12 (11) D. de obl. et act.

Unterscheidung von ius und factum interessirt mich hier besonders. Da das ganze Gebiet des factum kein ius im Sinne des römischen Privatrechts für das Hauskind u. s. w. erzeugt, sondern nur für den Vater, so fehlt also in der Person des Hauskindes die Einheit für all das facere; nur in der Person des Hausvaters, der das ius im Ganzen wie im Einzelnen hat, wirkt das facere auch nach seiner rechtlichen Seite. Hier also wird die Vielfältigkeit des facere rechtlich geeint, und das Vermögen ist hier mithin Einheit. Dies Vermögen als rechtliche Einheit ist **patrimonium** (bona) und würde diese Einheit im Fall des Todes nicht darstellen, wenn es solche nicht bei Lebzeiten des Inhabers gehabt hätte. So können wir, wie von der hereditas, zuerst vom patrimonium sagen: iuris intellectum habet; iuris nomen est. Der Gegensatz davon ist das peculium: weil das Hauskind alieni iuris ist, so fehlt für das, was es hat und fordern kann, die Einheit (iuris intellectus). Das Vermögen des Hauskindes u. s. w. ist nur eine Summe, eine Reihe von Vermögensstücken; daher eben mag der Name peculium dafür beibehalten worden sein, der, wie das Wort selbst erinnert, auf einzelne, bestimmte Vermögensstücke (pecus) hinweist. Es erhellt, wie verwirrend es ist, bei peculium an kleines Vermögen zu denken, und wie Ulpian in der Wortdefinition „pusilla pecunia" „pusillum peculium" gespielt hat. Obwohl Ulpian in l. 182 D. de verb. sign. den hier berührten Gegensatz von patrimonium und peculium gerade so, wie ich, begründet: paterfamilias peculium non potest habere, quemadmodum nec servus bona.

Die potestas, deren Folge das Peculium ist, soll jetzt näher bestimmt werden. Man denkt an patria und dominica potestas, also an unbeschränkte Macht. Diese Auffassung träfe aber die Sache nicht ganz. Eine Wirkung jener potestas ist, daß die ganze

---

44, 7. nicht auf die einzelnen dort angegebenen Fälle beschränkt ist. Dies Alles weiter auszuführen, würde zu sehr unterbrechen. Eine Abhandlung, die die Begriffe ius und factum im römischen Rechtssystem untersuchen wollte, ist ein wahres Bedürfniß.

Arbeitskraft (quaestus) und aller sonstige Erwerb des Hauskindes oder Sclaven dem Gewalthaber gebührt. Wo diese Wirkung, auch ohne jene unumschränkte Gewalt, eintritt, ist also die Existenz des Peculium auch gegeben: so bei denen, die in causa mancipii sind, bei denen die wir bona fide besitzen, bei den Sclaven, daran ein Nießbrauch zusteht. Nur zeigt sich im letzteren Falle die Beschränkung, daß das Peculium nicht jeden Erwerb des Sclaven begreift, sondern nur den quaestus (ex opera eius) und natürlich den mit dem Vermögen des Nießbrauchers gemachten Gewinn. Derselbe Sclave kann also zwei Peculien haben, davon das eine dem Herrn, das andre dem Nießbraucher gehört (duplicis iuris peculium).[2] Es bietet sich hier eine Parallele, die zwar nicht juristisch, wohl aber thatsächlich in der äußeren Erscheinung ein ganz entsprechendes Bild gibt; ich meine die societas omnium bonorum und die societas quaestus et lucri.[3] Mit dieser Parallele möchte ich die ökonomische Bedeutung bezeichnen, welche das Peculium gehabt hat.

Weil das Peculium darin begründet ist, daß aller Erwerb des Kindes dem Vater gebührt, und weil das Peculium väterliches patrimonium ist: so kann also zum Peculium nur gehören, was für den Vater suum ist und für jeden Andern alienum. Was nicht Theil des patrimonium sein würde, kann auch nicht Peculium sein, obwohl der Sohn z. B. die Sache hat: hanc enim pecuniam, quum mea maneat, non esse peculii.[4] Es wird dies

---

2) Vgl. l. 1 §. 6. l. 2. l. 19 §. 1 (20) D. de pec. 15, 1. — Diesen Titel citire ich künftig nur h. t. — Zur weiteren Ausführung s. l. 25 D. de usufr. 7, 1. — Gaius 2, 86—94. Auch der Prätor sprach im Edict unbeschränkt: qui in alterius potestate esset, nicht patris dominive. Aber auf potestas kommt es an; wo ein Sclave nur gemiethet, geliehen ist, sind die Voraussetzungen des Peculium nicht vorhanden l. 37 pr. D. de domin. acqu. 41, 1. — Wie weit die potestas wirkt, führt Pomponius aus in l. 40 D. de stip. serv. 45, 3. —

3) Vgl. l. 3 §. 1. l. 6—13 D. pro socio 17, 2.

4) l. 38 (39) pr. h. t. vgl. l. 5 pr. §. 1. l. 27 pr. l. 36 h. t. Beispiele sind: deponirte, commodirte, verpfändete Sachen, die Obligationen, die nur

wichtig für die Frage von der Berechnung des Peculium und der Haftung de peculio.

Daraus nun, daß alle Erwerbsfähigkeit des Hauskindes dem Vater gilt, erhellt deutlich, daß das Peculium einen Theil bildet des patrimonium. Wie das Hauskind in der Gewalt des Vaters, so steht das Peculium im Vermögen desselben. Ja wir können ohne Uebereilung sagen, daß das Peculium vielfach die eigentliche Substanz des patrimonium enthalten hat, wenn wir uns die Stellung des Peculium im socialen Leben recht verdeutlichen wollen. Von dem Satze, daß das Peculium Theil des patrimonium ist, will ich nur einige Consequenzen herausheben. Mit dem Tod des Peculiumbesitzers consolidirt das Peculium, und ebenso mit dem Tod des Gewalthabers. Der Sclave kann ohne sein Peculium und das Peculium ohne den Sclaven legirt werden.[5] Bei Uebertragung des Peculium gehen die Forderungen nur mandatis actionibus über[6]; man könnte erwarten, daß die Schulden entweder beim früheren Inhaber zurückbleiben oder delegirt werden müßten. Es liegt hier eine Betrachtung vor; ähnlich der bei Restituirung eines Universalfideicommisses. Davon später.

Aber wenn auch das Peculium wegen des persönlichen Verhältnisses seines Inhabers nur Theil des patrimonium ist, so ist es doch nicht außer allem Connex mit dem Hauskinde oder Sclaven zu denken. Die thatsächliche Beziehung liegt auf der Hand; und diese haben der Prätor und die römischen Juristen wohl erkannt und juristisch verwerthet. Das Vorbild, darnach man sich richten durfte, war nahe genug. Wer ein Peculium inventarisirt, findet dasselbe, wie im patrimonium, in der Erbschaft: corpora, Sclaven (vicarii mit ihrem Peculium), Forderungen, Schulden, ganze Erbschaften; bei Ziehung der Bilanz Activ- oder Passiv-

---

auf exhibere oder restituere gehen; ebenso gestohlnes Gut und Alles durch Delict Erworbene, l. 24 D. de acquir. vel am. poss. 41, 3. —

5) l. 24 D. de pec. leg. 33, 8. —

6) l. 53 h. t. — l. 5 l. 19 § 1 D. de pec. leg. 33, 8.

Saldo, vielleicht auch Nichts.[7] So ist zwischen Peculium und patrimonium materiell eben so wenig ein Unterschied wie zwischen hereditas und fideicommissum hereditatis. Was vom Peculium geschrieben wird, nascitur crescit decrescit moritur; simile esse homini: ist vom patrimonium nur übertragen und würde für jenes nicht gelten, wenn es nicht für dieses wahr wäre. Diese innere Gleichheit rechtfertigte auch den Weg, wie man jene thatsächliche Beziehung des Peculium zu seinem Inhaber juristisch verwerthen konnte. In dem Hauskinde, in dem Sclaven lag der factische Grund des Peculium: sie hatten contrahirt, sie waren die heredes instituti, sie waren bestohlen, sie hatten sich oder ihren Herrn bestohlen und hatten unterschlagen; sie hatten dem Herrn oder von ihm geborgt, ihnen hatte dieser erlassen u. s. f. Alle diese Dinge waren nach ihren Handlungen zu beurtheilen, zugleich nach dem objectiven Recht wie bei jedem paterfamilias.[8] So wird es begreiflich, wie man schreiben konnte: q u a s i p a t r i m o n i u m liberi hominis peculium servi intelligitur ubicumque esset l. 47 § 6 h. t. So weit es damit sich verträgt, daß das Peculium Theil des patrimonium ist, wird das Peculium als quasi (veluti) patrimonium behandelt. Analogieen genug: quasi possessio, quasi ususfructus. Doch tiefer trifft eine andere Parallele: Der Latinus Junianus lebt als Freier und stirbt als Sclave, Gaius 3, 56. So gilt das Peculium nach außen als patrimonium, nach innen nicht. — Nur hiermit erklärt sich die Möglichkeit der naturales obligationes zwischen Vater und Kind, sowie zwischen den Geschwistern in einer väterlichen Gewalt. Die wichtigste Folgerung aber liegt in den Worten Ulpians: nam qui cum servo contrahit universum peculium eius quod ubicun-

---

7) l. 4 § 5. 7 § 4. 5. l. 54. 58 h. t. — l. 19 pr. D. de pec. leg. — — professionem edi sibi peculii — Insolvenz l. 20 D. de dolo malo 4, 3. —

8) l. 9 § 1. 3. 6. 8. l. 11 pr. h. t. — l. 9 § 1 D. de pec. leg. 33, 8. — Vgl. besonders l. 4 § 1. l. 11 § 2. l. 49 § 2. h. t. — In Betreff der Erbschaft vgl. l. 11 D. de leg. I. (30), l. 4 D. de leg. III (32), l. 1 §. 10 l. 16 §. 11. 12. D. 36, 1. —

que est veluti patrimonium intuetur, l. 32 pr. h. t. Davon später. In Beziehung damit steht, daß der Gewalthaber haftet wenn er das Peculium dolo malo kürzt oder zurückzieht; er haftet wie Einer, qui dolo fecit quominus possideret, unter Umständen (si nihil est in peculio) sogar mit der actio de dolo.[9] Diese Haftung erklärt sich nur, wenn man in dem Peculium ein quasi patrimonium d. h. ein Attribut des Sclaven oder Hauskindes sieht, wie ja jedes patrimonium als „ein Attribut des Menschen" betrachtet wird. Wenn man das Peculium nur als Theil des patrimonium behandelt hätte, so hätte nur die actio Pauliana in Anwendung kommen können und die Frage wäre nur gewesen, ob das Vermögen des Herrn unzureichend geworden sei. Auch in manchen einzelnen Sätzen läßt sich zeigen, daß das Peculium als Attribut des Sclaven behandelt worden; z. B. servo legato cum peculio erlischt mit dem Tode, mit der Veräußerung des Sclaven das ganze Legat, denn es sind nicht zwei Legate.[10] Eine interessante Anwendung wird auch im folgenden Fall gemacht. Wenn das Peculium legirt ist, nach welchem Zeitpunkt bestimmt sich der Bestand desselben? Julianus in l. 8 § 8 D. de pec. leg. unterscheidet, ob dem Sclaven selber, oder einem Andern legirt ist. Im letzteren Fall erhält der Legatar nur das incrementum ex rebus peculiaribus, nicht quod ex operis eius vel ex alia re accedit und die Zeit des Todes entscheidet; im ersteren Fall entscheidet der dies legati cedens und jene Beschränkung gilt nicht: verisimile est, eum omne augmentum ad ipsum pertinere voluisse, cui patrimonium manumisso futurum est

9) l. 21 pr. § 1. 3 h. t. — — sed et si eum intricare peculium in necem creditorum passus est, sogar si dolo tutoris vel curatoris vel procuratoris factum sit. Zu pr. vgl. l. 20 D. de dolo malo 4, 3. —

10) l. 1—3 D. de pec. leg. 33, 8. — Gleichwohl begreift der legatus servus nicht sein Peculium l. 24 l. 8 § 7 eod. Aber vicario meo mihi legato — — putamus contineri legato vicarii eius peculium l. 6 § 2 l. 25 eod. Hier kommt wieder das im Text Bemerkte zur Anwendung. Denn der Vicar mit seinem Peculium ist in peculio ordinarii l. 17 h. t. Vgl. noch l. 22 § 1. de pec. leg.

vgl. l. 57 § 1. 2. h. t. M. a. W. Julian behandelt in dem einen Fall das Peculium als Stückgut, im andern als quasi patrimonium. Hieran will ich noch eine verwandte Entscheidung reihen Wer durch ein Prälegat des Peculiums die Deduction ausschließen will, muß speciell legiren quae in peculio erunt, l. 10 D. de pec. leg.

Das Peculium ist jetzt noch nach einer Seite zu bestimmen, nach dem Anfang seines Daseins. Ich habe dabei nicht sein concretes Dasein im Auge, davon werde ich erst in No. II sprechen; nur die Möglichkeit des Peculium interessirt mich noch hier. Diese Frage läßt sich nach dem Vorigen kurz dahin beantworten: wie der pater familias vermögensfähig ist, so ist das Hauskind peculienfähig. Die Vermögensfähigkeit dort ersetzt objectivrechtlich das Vermögen d. h. sie entscheidet bei der Haftung, nicht das concrete Vermögen; der paterfamilias haftet, etsi nihil in patrimonio sit. So auch bei der Peculienfähigkeit. Wie jeder paterfamilias ein patrimonium hat[11], so hat jedes Hauskind ein Peculium etiamsi nihil sit in peculio. Auch hier erscheint das Peculium als eine Parallele zum patrimonium. Ohne diesen Satz läßt sich das Dogma der actio de peculio weder begründen, noch recht begreifen. Auch die Natur des Peculium tritt erst hierdurch in volles Licht. Das Peculium ist nicht, wie man es sich gewöhnlich vorstellt, die alleinige Folge eines väterlichen Actes, also nur quaestio facti, nicht ein paternum negotium wie eine Schenkung etwa; das Peculium hat ein objectives Dasein im römischen Rechtssystem und folgt dem Hauskind, wie dem paterfamilias sein patrimonium. Es wird dies gleich näher beleuchtet werden. Hier will ich nur noch eine einzelne Anwendung erwähnen. Dem, der zur Zeit nichts im Peculium hat, kann doch gültig das Peculium legirt werden, obwohl es nach der regula Catoniana ungültig sein müßte.[12]

---

11) Vgl. auch Savigny, System I S. 375. 76. —

12) l. 11 D. de pec. leg. — In der römischen Bezeichnung „veluti pa-

II.

Es ist nun die Frage an der Zeit, wie das Peculium entstehe. Darüber ist zwar nur eine Stimme, durch Concession, also durch einen speciellen väterlichen Akt; Manche fügen wohl noch hinzu, das genüge nicht, Tradition werde erfordert. So einstimmig dies gelehrt wird, so wenig entspricht die Lehre den Digesten. Das justinianische Recht lasse ich vorerst außer Acht.

Man könnte die ganze Frage für sehr trivial halten, und die Antwort müßte genügen, das Peculium entsteht wie jedes andre Vermögen durch allerlei Erwerbsgründe. So einfach schreibt denn auch Marcianus wenigstens vom Wachsthum und Abnehmen des Peculium: crescit quum auctum fuerit; decrescit quum servi vicarii moriuntur, res intercidunt. Das ist nun gewiß nichts Eigenthümliches; warum soll es nun das nasci peculium sein? Aber das Besondre liegt hier darin, daß das Peculium Theil des patrimonium ist und daß der Inhaber unter Gewalt steht. Darnach scheint ein wirkliches Peculium ohne Wissen und Willen des Herrn nicht entstehen zu können. Diese Frage zu entscheiden, schicke ich Folgendes voraus.

Das Peculium ist wohl Theil des patrimonium; aber das geschäftliche Leben, das damit unterhalten wird, ist im Interesse des Hauskindes. Da aller quaestus rechtlich dem Vater gebührt, so dürfen wir sagen, daß der Peculien-Verkehr auf Rechnung des Vaters, aber nicht auf den Namen des Vaters (in negotium patris) geht.[12a] Damit haben wir aus dem Bereich des

---

trimonium“ ist klar ausgesprochen, daß wie das patrimonium der Vermögensfähigkeit, so das Peculium der Peculienfähigkeit entspreche. Also ist patrimonium uud peculium vorhanden mit dieser objectiven Fähigkeit, und diese Fähigkeit ist eine persönliche. Vgl. S. 19. Der Ausdruck velut patr. ist Quellenbeleg genug; die Consequenzen besonders in No. III. — Der Einzige, welcher das Richtige erkannt zu haben scheint, ist Brissonius de verb. sign. v. patrimonium. —

12a) Daher der Gegensatz: peculiari nomine, ex causa dominica. S. unten S. 15.

Peculium abgewiesen, was der Haussohn als magister navis, als institor, iussu patris contrahirt und erwirbt: dies geht fürs Geschäft des Vaters (im Namen des Vaters als des Chefs) und darum auch auf seine Rechnung. Nur mit den Erwerbsgründen, die anders motivirt sind, haben wir es also zu thun; und diese können nach der Seite, die uns hier interessirt, zwiefacher Art sein.

Erstens. Das Hauskind erwirbt von Dritten. Zweitens. Es erwirbt vom Vater. In dem Peculium kann also ein Kapital stehen, das bei dem Vater vorher sich befand, oder bei einem extraneus und nicht beim Vater. Beide Fälle müssen ganz anders entschieden werden. Soll ins Peculium ein Kapital, das beim Vater steht, übergehen, so ist freilich nöthig, daß es der Vater bei sich selber hebe (separare) und seinem Sohne übertrage. Hier liegt allerdings ein väterlicher Akt vor (concedit), der gerade so beschaffen sein muß wie überall wo aus dem Vermögen des Einen an einen Andern Etwas kommen soll. Dies führt Pomponius in l. 4 § 1. t. h. beispielsweise so aus: si vera nomina ita fecerit dominus ut quasi debitorem se servo faceret, quum re vera debitor non esset, contra puto; re enim, non verbis peculium augendum est. Ebenso Paulus allgemein in l. 8 h. t. Non statim quod dominus voluit ex re sua peculii esse, peculium fecit, sed si tradidit aut quum apud eum esset pro tradito habuit; desiderat enim res naturalem dationem. M. a. W. es handelt sich hier um eine Besitzveränderung, wenn auch nur um das tenere. Ohne jenen väterlichen Akt könnte der Sohn aus dem Kapital des Vaters nur durch Delict etwas an sich bringen, und solches Gut könnte nicht Peculium sein; gerade mit Rücksicht hierauf motivirt Pomponius in l. 4 § 2. h. t.: ex his apparet non quid servus ignorante domino habuerit peculii esse, sed quid volente; alioquin et quod surripuit servus domino fiet peculii, quod non est verum.

Im andern Falle, wenn das Hauskind von Dritten erwirbt, ist Separation ex re patris nicht möglich; es bedarf aber auch keiner Concession von Seiten des Vaters. Es ist bekannt, daß das

Hauskind und der Sclave auch ohne Wissen des Herrn diesem erwerben; das ist zu verstehen, dem Herrn iure ins patrimonium, sich selber facto ins Peculium. Was iure nicht ins patrimonium fällt, kann auch nicht ins Peculium fallen. Eben darum weil et ignoranti patri acquiritur bedarf es keiner Concession, keines speciellen Actes; hier handelt es sich um objectives Recht und um eine quaestio iuris. Etwas Andres ist die Frage, ob der Herr das so Erworbene im Peculium lassen wolle; m. a. W. nicht um concessio, sondern um ademtio handelt es sich hier. Unter den römischen Juristen ist dieser Punkt gerade viel beregt, wie wir aus l. 4. und l. 7 h. t. noch deutlich sehen. Manche haben sich durch das separatum a rationibus dominicis und durch die Concession in dem ersten Fall bestimmen lassen zu dem Satz: peculium servus habere non potest nisi concedente domino. Darauf entgegnet Ulpian mit Julian, Marcellus, Pomponius: non esse opus concedi peculium a domino servum habere, s e d n o n a d i m i u t h a b e a t.[13] Pomponius selber, dessen Fragment in l. 4 h. t. die Lehre von der concessio schlechthin zu stützen scheint, zeigt in l. 49. pr. h. t. wie wenig dies seine Meinung gewesen: non solum id peculium est quod dominus servo concessit, v e r u m i d q u o q u e q u o d i g n o r a n t e q u i d e m e o a c q u i s i t u m s i t tamen si rescisset, passurus erat esse in peculio. Dieses Dogmas gedenkt wieder Ulpian in l. 7 § 2. h. t. Scire autem non utique singulas res debet sed παχυμερέστερον; et in hanc sententiam Pomponius inclinat. Und Papinian begründet das Dogma als etwas Unbestrittenes in l. 44 § 1. D. de acq. vel am. poss. 41, 2 Quaesitum est, cur ex peculii causa per servum ignorantibus possessio quaereretur. Dixi utilitatis causa iure singulari receptum, ne cogerentur domini p e r m o m e n t a s p e c i e s e t c a u s a s p e c u l i o r u m inquirere; nec tamen eo pertinere speciem istam ut animo videatur acquiri possessio. Nam si non ex causa peculiari quaeratur aliquid,

---

13) Ausgeführt beispielsweise in l. 4 § 5. l. 7. § 6. h. t. vgl. noch l. 3 § 3. 4. eod.

scientiam quidem domini esse necessariam, sed corpore servi quaeri possessionem.[14] Es scheint freilich nach dieser Stelle und nach l. 1 § 5 D. de poss., als ob ein wirkliches Peculium vorhanden sein müsse, wie es auch allgemein und ebenso von Savigny a. a. O. angesehen wird. Aber das Dogma des Pomponius, das ja auch von Papinian vorausgesetzt wird, läßt keinen Zweifel, daß das „ignorante eo" allgemein zu verstehen und das Dasein eines Peculiums kein Erforderniß ist. Das Peculium entsteht (nascitur) entweder ex re patris durch Concession oder ex re aliena ignorante patre. Was das Hauskind, der Sclave erwerben von Dritten, das ist allemal in peculio, so lange es der Herr nicht zurückzieht. Ganz nackt ist denn dies auch ausgesprochen von Javolenus in l. 24 D. de poss. — — quod ex iusta causa corporaliter a servo tenetur, id in peculio servi est. Und eben damit stimmt wieder Marcianus in l. 40 §. 1. h. t. Quomodo autem peculium nascitur quaesitum est. Et ita veteres distinguunt: si id acquisiit servus quod dominus necesse non habet praestare, id esse peculium; si vero tunicas aut aliquid simile quod ei dominus necesse habet praestare, non esse peculium[15]; ita igitur nascitur peculium. Ein Beispiel erläutert hier das Dogma, daß auch ohne Wissen des Herrn Peculium entstehe; die Gegenüberstellung des in rem versum (im Gegensatz zum iussus) macht es augenscheinlich. Wie der Besitz, überhaupt Sachen, so werden auch Forderungen durch das Hauskind dem Vater erworben[15a]; und

---

14) Welche Bedeutung dieses für Besitz und Usucapion hatte, ist bekannt; s. auch Savigny, Besitz. 6. Aufl. S. 358. — Vgl. z. B. l. 56 § 2. D. de furt. 47, 2. Si res peculiaris surrepta in potestatem servi redierit, solvitur furti vitium, et incipit hoc casu in peculio esse et a domino possideri. S. auch Note 16.

15) Dem widerspricht nicht l. 25 h. t., wie Glück, Commentar 14. S. 358, meint. Was für Dritte in rem patris versum ist, kann es nicht für den Vater sein, wenn dieser selbst es thut: das kann nur peculii sein.

15a) Vgl. z. B. l. 52 § 26. D. furt. 47, 2. — — quamvis enim domino quaeratur furti actio, attamen in peculio servi est. S. Note 24.

wir dürfen uns nun auch vorstellen, daß das erste Object des Peculium eine Forderung sein kann, wie bei der Girobank, aber ebenso gut eine Schuld, wie beim Contocorrente zweier Banquiers. Kurz, der reelle Anfang des Peculium ist kein anderer als beim patrimonium. Beginnt es mit Schulden, dann muß man nur sagen non solvendo est peculium.

Daß Alles, was der Sclave ignorante domino erwirbt, Peculium sei, bedarf nur einer Beschränkung, die das Dogma etwas näher begrenzt. Ausgeschlossen ist 1., unrechter Erwerb ex delicto und überhaupt ex iniusta causa: iustam potest acquirere (possessionem), sicut id quod ex peculio ad eum pervenerit possidet; nam tum per servum dominus quoque possidere dicitur l. 24 D. de poss. So auch bei res amotae, l. 3. §. 4. l. 6 §. 2. D. rer. amot. 25, 2. Vergl. l. 67 §. 4. D. de furt. 47, 2. —

2., aller rechtmäßiger Erwerb, der keinen Eigenthumswechsel objectivrechtlich mit sich bringt, also z. B. bei deponirten commodirten Sachen. Oder wenn er auch mit Eigenthumswechsel verbunden wäre, der doch durch condictio (ex iniusta causa, sine causa) wieder aufgehoben würde. Der Grund für 1 und 2 ist, daß Eigenthum nicht übergeht und also, weil das patrimonium Nichts rechtlich gewinnt, auch das Peculium nicht entstehen oder wachsen kann. S. oben zu Note 4.

3., aller rechtmäßige Erwerb, der zwar Eigenthumswechsel zur Folge hat, aber nach der Intention des extraneus dem Vater nicht zu Gute kommen soll z. B. was dem Hauskinde gegeben wird, seine Gläubiger zu bezahlen.

4., seit dem sctum Macedonianum das von einem Hauskinde geliehene baare Geld. Zu 3 und 4 vgl. Dietzel das sctum Macedonianum §. 8 und S. 122 — 125.

Wir können jetzt nun auch eine Unterscheidung der Quellen berühren, der wir oft begegnen. Man spricht von peculiari nomine acquirere, peculiariter nancisci, tenere, ex peculii causa; und darauf gründen sich wieder die Ausdrücke peculiare negotium, ex

causa peculiari fideiubere, rem peculiarem agere. Dies Alles im Gegensatz zu dominica causa, patris negotium, non peculiari nomine. Der Gegensatz wird klar, wenn man nur in dem Peculium ein quasi patrimonium sieht und also nicht das Dasein des Peculiums, sondern die Peculienfähigkeit als ein Seitenstück zur Vermögensfähigkeit des paterfamilias betrachtet. Ueberall wo irgend ein negotium vom Hauskinde oder mit dem Hauskinde vollzogen wird, das dem Vater weder als exercitor navis oder als dominus tabernae gilt, noch durch seinen Befehl veranlaßt wird, überall da also wo wissentlich oder unwissentlich die Person des Hausvaters nicht angesehen wird, da wird man von peculiare negotium, von rem peculiarem agere sprechen müssen. Peculiari nomine acquirere z. B. heißt also Besitz erwerben ignorante domino: der Tradent will weder dem Herrn tradiren, noch will der Empfänger dem Herrn erwerben.[16] Ein creditor peculiaris ist, wer nicht patris nomine mit dem Hauskinde contrahirt hat, und ebenso ein debitor peculiaris. Das Dasein eines Peculium ist iure dabei ganz gleichgültig. Freilich setzen manche negotia das Dasein eines Vermögens voraus; aber das ist beim Peculium nicht anders wie beim patrimonium. Wer verkaufen, verpfänden, vorschießen will, muß die Sachen oder die Forderungen peculiariter haben; eine Bürgschaft ex causa peculiari setzt voraus eine Peculiarschuld, aber diese ist möglich ohne das sogen. Peculium, ebenso wie eine Peculiarforderung. Und wenn in den Quellen hier und da auf ein wirkliches Peculium gezielt wird, so ist dies theils wegen jener negotia nothwendig, theils die Voraussetzung für das Rechnungsverhältniß. Die praktische Wichtigkeit des Gegensatzes des peculiare

16) l. 2 § 11. D. pro emtore 41, 4. — — quod si non peculiari nomine, non nisi scientem § 12 eod. — — quae nomine domini possideantur — —; quod si peculiari, tunc mentem servi quaerendam; et si servus mala fide possideat eamque dominus nactus sit ut suo nomine possideat ademto puta peculio — —. Vgl. l. 8 pr. l. 31. § 3 D. de usucap. 41, 3. — l. 4. l. 44 § 1. l. 1 § 5 D. de poss. 41, 2. Besondere Anwendung in l. 4 § 7. 9. l. 44 § 7. D. de usucap.— l. 56 §. 2 D. de furt. 47, 2.

negotium und der dominica causa auf dem Gebiete der Obligationen will ich nur in Einigen hervorheben. Beim peculiare negotium entscheidet das Wissen, Nichtwissen oder dolus des Sclaven[17]; die Zahlung einer Peculiarforderung an den Sclaven befreit auch ademto peculio und in ähnlichen Fällen, wenn nur der Schuldner davon Nichts wußte[18]; und die Zahlung einer Peculiarschuld von Seiten des Sclaven oder sein Mandat zu diesem Zweck bedarf nicht der Genehmigung des Herrn und auch nicht der libera peculii administratio.[19] In Abwesenheit des Sclaven kann Einer dessen Geschäft als negotiorum gestor führen, und es kommt dabei darauf an, ob der gestor es im Interesse des Herrn oder Sclaven thut.[20] Bei einer Vergabung an das Hauskind wird von Wichtigkeit, ob diesem oder dem Vater in Wahrheit die Gabe gelten sollte; nur im ersten Falle wird ins Peculium erworben (peculiari nomine) und damit können gültige Peculiarschulden bezahlt werden.[21] Auch wenn der Vater an sein Kind gibt, entscheidet eben der Zweck: denn gibt er nicht ins Peculium, so entsteht naturalis obligatio, die das Peculium mindert. Das ist sehr bedeutsam und wird praktisch bei der deductio; s. unten S. 30.

Aus der vorliegenden Erörterung ergibt sich, daß das Gewaltverhältniß wohl der rechtliche Grund ist, weshalb das Peculium nur ein quasi patrimonium sein kann; es ergiebt sich aber auch

---

17) Vgl. l. 4 § 17. 34 D. de doli mali exc. 44, 4. — l. 16 § 4 D. de liberali causa 40, 12. — l. 6 § 12 D. quae in fraudem cred. 42, 8. —

18) Vgl. l. 32 D. de solut 46, 3. — l. 24 D. de iure dot. 23, 3. — l. 25 § 8 D. de cond. indeb. 12, 6. — Fr. Vat. § 260. —

19) l. 3 § 6 h. t. —— si pro creditore suo solvi mandavit. — l. 19 D. de fideiuss. 46, 1. — l. 43 §. 2 D. de acq. dom. 41, 1.

20) l. 6 §. 6. l. 15 D. de neg. gest. 3, 5. Beispiel in l. 41. 46 pr. eod. Ebenso gibt es einen procurator für negotia peculiaria, l. 33 pr. D. de procur. 3, 3. —

21) Weitere Anwendung in l. 23 D. de mort. c. don. 39, 6. — l. 31 § 1 D. de donatt. 39, 5. — l. 37 § 1. 2. 6. D. de acq. dom. 41, 1. vgl. l. 19. 23 § 3. l. 49. 54 pr. eod. — Ferner l. 9 § 1. D. de sen. Maced. 14, 6. — si vero simpliciter ei donavit.

daß der reelle Anfang des Peculium und sein Wachsthum von einem speciellen väterlichen Akt nicht bedingt ist, und daß da, wo der Vater voluit ex re sua peculii esse, es freilich einer Handlung seinerseits bedarf, worin aber etwas Besonderes durchaus nicht liegt. Dagegen äußert das Gewaltverhältniß seinen Einfluß auf das vorhandene Peculium nach zwei Seiten

a., der Vater kann es zurückziehen; s. oben zu Note 9. Daß er es vermehren, vermindern kann, ist nichts Besonders; jeder Dritte kann dies auch, nur daß die Verminderung durch Dritte (Schuld) dem Vater nichts schadet, weil er deducit, und auch andern nicht, weil melior est conditio occupantis. Das Letztere ist iure communi nichts Besondres.

b. weil das Peculium Theil des patrimonium ist, so kann das Hauskind nur beschränkt verfügen. Aber wie das Peculium et ignorante patre entsteht, so hat das Hauskind auch ohne specielle Ermächtigung jene beschränkte Verfügung. Diese Beschränkung liegt darin, daß jede Verfügung, welche nicht ex causa peculiari ist, den Vater nicht bindet. So gilt der Verkauf, das Commodat, das Depositum von res peculiares, das Darlehen mit nummis peculiaribus, die Vermiethung von Peculiarsclaven: alle diese Geschäfte bringt das Geschäftsleben mit sich beim Peculium, wie beim patrimonium; aber auch umgekehrt der Ankauf peculiari nomine u. s. w.[22] Es sind dies Alles Geschäfte, wodurch Vermögensinteressen irgendwie befriedigt werden, also das Vermögen so oder so gehoben wird. Das Risico dabei, periculum ist nicht anders, wie beim Hausvater. Ebenso erklärt sich, daß Verbürgung ex causa peculiari, Verpfändung und Annahme eines Pfandes gilt.[23] Auch die außergerichtliche Eintreibung von Pecu-

22) l. 16 D. de obl. et actt. 44, 7. — l. 14 D. de exceptt. 44, 1 — l. 32 D. de solut. 46, 3. — l. 57 § 1. D. de aed. ed. 21, 1. — l. 11 D. depos. 16, 3. — Gute Anwendung in l. 52 § 9 D. de furt. 47, 2.

23) l. 3. § 5—7 h. t. — l. 28 § 1 D. de pign. act. 13, 7. — l. 8 § 5 D. quib. mod. pign. solv. 20, 6. Vgl. l. 5 § 15. 16 D. de instit. act. 14, 3. — Nicht aber Verpfändung einer Peculiarsache für einen extraneus l. 1 § 1 D. quae res pign. 20, 3. — Die freiere Stellung der Hauskinder bei Verbürgung s. in l. 3 § 5—7. h. t.

liarforderungen muß gelten und den Schuldner befreien, ebenso wie die Bezahlung von Peculiarschulden. — Aber daneben giebt es einen Kreis von Rechtsakten, die an sich nur formeller Natur sind, die zwar auch in den Vermögensverkehr gehören, aber in erster Linie nur das Rechnungswesen alteriren und nun freilich auch in zweiter Folge das reelle Vermögen angehen. Dahin gehört ein pactum de non petendo, Vergleich, remissio pignoris iusiurandum voluntarium, Novation (Expromission, Delegation): alle diese Akte, auch ex causa peculiari vorgenommen, haben nur Wirkung, wenn der Herr dazu Vollmacht gegeben (peculii administratio, libera peculii administratio). Aber auch wenn solche Vollmacht gegeben, ist Schenkung ausgeschlossen; und so weit in jenen formellen Geschäften eine Schenkung liegt, sind sie daher auch bei libera peculii administratio ungültig. Natürlich kann durch eine besondre Klausel die Vollmacht auch soweit gestellt und ebenso gekürzt werden.[24] Noch verdient Erwähnung, daß bei libera peculii administratio auch accessio possessionis des Vaters Statt hat: ein deutlicher Beleg dafür, daß et ignorante patre Peculiarsachen gültig verkauft werden können, nur daß accessio nicht gilt.[25]

Um die Frage über das Dasein eines Peculiums allseitig zu erörtern, bedarf es nur noch der Erwähnung, daß überall die Voraussetzung ist, der pater familias oder Herr sei pubes. Ein Pupill kann selbst tutore auctore ein Peculium nicht constituiren, eben so wenig ein curator furiosi; es kann dies begreiflich nur gelten, si quid ex re pupilli vel furiosi voluit peculii esse. Aber das

24) Dies ist bei allen auf die administratio bezüglichen Stellen zu beachten. l. 7 § 1 i. f. l. 46. l. 48 § 1 h. t. — l. 28 § 2. l. 30 pr. § 1. D. de pact. 2, 14. — l. 20—25. D. de iureiur. 12, 2. — l. 8 § 5 D. quib. mod. pign. 20, 6. — l. 16. 23. 25. 34 pr. D. de novatt. 46, 2. — l. 7 D. de donatt. 39, 5. — l. 25 § 1 D. de mort. c. don. 39, 6 — l. 1 § 1 D. quae res pign. (Marcianus). — l. 18 § 4. l. 19 D. de pign. act. (Marcianus). — l. 52 § 26 D. de furt. — Ebenso kann ein Peculiarsclave nicht freigelassen werden, l. 13 D. de iure patron. 37, 14. — l. 10 C. h. t. 4, 26.

25) l. 14 pr. D. de acq. poss. 41, 2. — l. 15 § 3. D. de div. temp. praescr. 44, 3. —

Peculium, aus der Zeit des Vaters oder ante furorem, bleibt deshalb bestehen, und es kann sogar hier libera peculii administratio ertheilt werden. Für das Peculium, das aliunde, non ex re domini entsteht, bedarf es überhaupt keines constituirenden Aktes. Gerade in diesem Zusammenhange trägt Ulpian seine Ansicht vor: non esse opus concedi peculium a domino servum habere, sed non adimi ut habeat.[26] Wir können das Resultat dahin fassen: die Peculienfähigkeit braucht nicht erst ertheilt zu werden; sie muß, soll sie nicht da sein, speziell entzogen werden. Zu unterscheiden davon ist, daß das auf Grund jener objectivrechtlichen (prätorischen) Peculienfähigkeit erworbene Peculium zurückgenommen werden kann, und daß die libera peculii administratio ebenfalls auf einem väterlichen Akt beruht. Wie die allgemeine Vermögensfähigkeit (patrimonium) und die Peculienfähigkeit stimmen und aus einander gehen, ist klar. Beide sind im objectiven Recht begründet; aber die Vermögensfähigkeit kann dem Privaten von einem Privaten nicht entzogen werden, die Peculienfähigkeit kann von dem, der die potestas hat, verweigert werden. Hieraus erhellt, daß durch prohibere ne peculium habeat die Peculienfähigkeit, durch adimi ut habeat das vorhandene Peculium entzogen wird.

III.

Die eben gegebene Darstellung über die Peculienfähigkeit und das Peculium findet in dem prätorischen Edict und in der actio de peculio ihre Bestätigung. Der Prätor edicirte sehr allgemein: Quod cum eo qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit, (eius rei nomine, sive in peculium ipsius sive in patrimonium eius cuius in potestate fuerit, ea res redacta fuerit) iudicium dabo.[27]

Nur wo potestas ist, gibt es ein Peculium; und nur wer potestas hat, den trifft die Klage daraus. Das Peculium entsteht et igno-

26) l. 3 § 3. 4. l. 7. § 1. l. 24. h. t.

27) l. 1 § 2 h. t. vgl. l. 2 pr. D. quod cum eo qui in aliena potestae 14, 5. —

rante patre (invito domino); auch die Haftung de peculio setzt nicht voraus, daß das negotium mit Wissen des Vaters zu Stande gekommen sei: ja, auch wenn wider Willen des Vaters contrahirt, wenn seine Ordre überschritten ist, so haftet die Klage.[28] Es genügt, negotium gestum esse; dieser Satz wäre mit der gemeinen Theorie vom Peculium unvereinbar. Es muß aber ein negotium vorliegen; sonst haftet das Peculium nicht. Auch hier zeigt sich die Concinnität. Quod ex maleficiis apprehenditur, — nec peculii causam apprehendit. Noch mehr verdient Beachtung, daß die Zeit, wann das Negotium zu Stande kam, ganz gleichgültig ist; es entscheidet allein, cum eo qui in alterius potestate est negotium gestum esse.[28a] Ob zu dieser Zeit ein Peculium schon vorhanden war oder nicht, ob seitdem der Herr oder Vater ein andrer geworden, kommt nicht in Frage. Die Peculienfähigkeit allein entscheidet; und darum ist die actio de peculio begründet auch ohne daß ein Peculium besteht oder was dem gleich ist si nihil sit in peculio, und eben darum hat auch der Wechsel der potestas keinen Einfluß, weil damit wohl das Peculium, nicht aber die Peculienfähigkeit anders wird. Bei der Klage aus dem negotium eines paterfamilias kommt auch nur in Frage, ob das negotium Statt gefunden, nicht ob er damals oder jetzt zur Zeit der Litiscontestation wirkliches Vermögen zur Befriedigung hatte. Dies nur finde ich ausgesprochen in l. 30 pr. D. h. t. Quaesitum est an teneat actio de peculio, etiamsi nihil sit in peculio cum ageretur, si modo sit rei iudicatae tempore? Proculus et Pegasus nihilo minus teneri aiunt; intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio.[29]

---

28) l. 29 § 1. l. 37 § 1. l. 47 pr. h. t. Deutlicher kann weder die Peculienfähigkeit und das darauf ruhende quasi-patrimonium anerkannt, noch der Meinung, das Hauskind sei Verwalter u. dgl. widersprochen sein.

28a) Vgl. l. 5 § 7 D. de trib. act. 14, 4. — Dietzel, das sctum Maced. S. 23. — Offenbar unrichtig Savigny, Obligationenrecht I. S. 211: „War ihm schon vorher ein Peculium anvertraut, so geht nun die Contractsklage zugleich gegen den Hausvater mit dem Beisatz de peculio.“

29) S. noch l. 7 § 15 D. quib. ex caus. in poss. 42, 4., der hier gegebenen Entscheidung widerspricht Papinian in l. 50 pr. h. t., wie ich glaube

Idem et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit: quae sententia et a nobis probanda est. Die Erinnerung an die in rem actiones ist nicht ohne allen Werth: die rei vindicatio hat nur die Intentio rem meam esse; ob der Beklagte besitzt, ist quaestio facti und Gegenstand des Beweises in iudicio; auch mag der Kläger sich vorsehen, daß er nur den verklagt, der besitzt, l. 36 pr. D. de rei vind. 6, 1. Die actio de peculio kann nur die Intentio darauf gründen cum eo qui in tua potestate est negotium gestum esse; ob wirklich ein Peculium vorhanden, ist quaestio facti und Gegenstand des Beweises in iudicio, Gaius 4, 74; der Kläger thut wohl, darüber vorher sich zu erkundigen. Daher eben kann nicht mit Bekker vermuthet werden, daß die Intentio der actio de peculio „eine Verhaftung des Vaters auf soviel als eben im Peculium behauptete." Das Dasein eines Peculium zur Zeit der Litiscontestation ist überhaupt irrelevant, und die Thatfrage ist nicht Inhalt der Intention. Aber darin unterscheiden sich die in rem actio und de peculio, daß dort der Beklagte, wenn er nicht besitzt, „in rem actionem pati non compellitur, quia licet dicere se non possidere" l. 80 D. de rei vind. Die actio de peculio dagegen kann nicht damit zurückgewiesen werden, daß kein Peculium da sei: Si dominus vel pater recuset de peculio actionem, non est audiendus, sed cogendus est quasi aliam quamvis personalem actionem suscipere, l. 21 § 4. h. t. Der Grund ist die Peculienfähigkeit; wäre Dasein, also Besitz eines Peculium die Voraussetzung, so dürfte doch wohl der Herr die Litiscontestation weigern.[30] Nur darf nicht irren, daß der Kläger durch

---

mit Recht. S. auch Bethmann-Hollweg, Civilprozeß, S. 280, Note 6*. Specielle Anwendung in l. 5 §. 2. l. 27 D. de liber. leg. 34, 3. — Keller, Litiscont. S. 423. geht zuweit, nach l. 30 pr. die Klagformel construiren zu wollen; s. dagegen auch Bekker, proc. Consumtion S. 85., der freilich wieder für seine Ansicht zuviel daraus liest.

30) Daraus erklärt sich auch l. 7 §. 15 D. Quibus ex caus. in poss. eatur. Die da angeregte Frage beantwortet zwar Papinian in l. 50 pr. anders: vielleicht hebt sich der Widerstreit durch die Annahme, daß nach 7. § 15 der Prozeß schon eingeleitet war, nicht aber nach l. 50 pr. Papinian ist im Princip

interrogatio in iure sich Gewißheit darüber holt, ob ein Peculium da sei oder nicht: auch der Vindicant fragt, ob der Beklagte die Sache besitze. Aber die Intention lautet doch nur rem meam esse, und entsprechend hier wie oben bemerkt wurde. Und wenn Ulpian schreibt: Si de peculio agatur, non oportere responderi a patre vel domino an in potestate habeat filium vel servum, quia hoc solum quaeritur an peculium apud eum cum quo agitur est, l. 9 § 8 D. de interrog. 11, 1.: so bestätigt er nur die hier vertheidigte Ansicht, unter Hinblick auf die actio noxalis. Bei dieser kann die Frage nur den Sinn haben, ob der Belangte Herr ist; denn ist das entschieden, so ist die Pflicht der defensio constatirt und der Effect der Klage gewiß. Bei der actio de peculio ist die Voraussetzung freilich auch, daß der Beklagte der Herr ist; aber damit weiß man noch nicht, ob ein Peculium da ist, und also die Klage Effect hat. Und nur um das Letzte handelt es sich bei jener Frage.

Es soll ein negotium vorliegen, das ignorante patre geschlossen wurde. Der Vater soll daraus haften, er muß die Klage übernehmen, nicht bloß defendere, wie bei der Noxalklage. Das rechtfertigt sich nur, weil auch alle Berechtigung, besser das emolumentum, aus den negotiis ihm gilt; der allgemeinen Berechtigung entspricht eine allgemeine Verpflichtung. Diese Verpflichtung zielt auf das Vermögen des Vaters als Object der Befriedigung. Ein Theil dieses Vermögens ist das Peculium. Jenes negotium betrifft also entweder das patrimonium (in rem versum) oder speciell das Peculium. Es ist nun klar, daß ein Geschäft in patrimonium immer auch eines in peculium einschließt: in peculium conversum est quod in domini rem erat versum; nicht aber umgekehrt: in domini rem versum est quod in peculium conversum est. So erklärt sich nun auch, daß „una est

der Ansicht im Text; daher läßt er den Bürgen haften, der zur Zeit gestellt ist quo nihil est in peculio. — In l. 21 § 4. cit. ist an den Gegensatz der a. noxalis zu denken, womit die a. de pec. sonst manches gemein hat, s. Keller, Civilproc. 1. Aufl. S. 275.

actio qua de peculio deque eo quod in rem patris versum sit agitur; tamen duas habet condemnationes." Gaius 4, 73. Wir sehen daraus wieder, daß in der Klageformel nur zu lesen war, (sine voluntate patris) negotium gestum esse, wie ich vermuthe mit dem Zusatz sive id in patrimonium eius sive in peculium ipsius versum sit; aber der Untersuchung in iudicio war vorbehalten, ob in rem versum sei oder nicht, und wieviel das Peculium enthalte. Begreiflich konnte auch der Kläger von vornherein nur aufs Peculium zielen wollen, oder er durfte nur darauf zielen, wenn es gewiß war, daß nur ein peculiare negotium in Betracht kam, oder daß de in rem verso nicht mehr geklagt werden konnte: dann wurde der Richter angewiesen, nur den Bestand des Peculium zu untersuchen, und dies ist der Sinn der Clausel „duntaxat de peculio."[31] In einem solchen Falle nämlich fehlte der Zusatz „et quod in domini rem versum est"; ein Zusatz, der andrerseits besonders da sich nöthig machte, wo die Peculiarklage verjährt und doch der Gesichtspunkt des in rem versum möglich war.[32] Ohne jene Clausel „duntaxat de peculio" richtete die Untersuchung sich also stets darauf, ob in peculium oder in patrimonium versum sei; und zwar wurde, wie Gaius 4, 73 uns berichtet, zuerst das in rem versum geprüft. So erklärt sich, daß durch die actio de peculio die actio de in rem verso consumirt wurde[33], nicht aber umgekehrt. Eben so steht im Zusammenhang damit die oft wiederkehrende Ausdrucksweise der Quellen: petere

---

31) Vgl. l. 1 pr. § 10 D. quando de pec. act. ann. 15, 2. — l. 5 pr. § 1. l. 36. l. 37 § 1. h. t. — l. 35 D. de nox. actt. 9, 4. und l. 57. de iudic. 5, 1. — l. 32 § 3 D. de usurp. 22, 1. Die Emendation dieser Stelle bei Bekker, proceff. Conf. S. 242, ist nicht gerechtfertigt; vgl. dazu l. 49. pr. D. de verb. obl. 45, 1 und l. 3 § 4. 5. D. commod. 13, 6. Es erhellt aus allen den Stellen, daß „duntaxat de peculio" nicht mit „non ultra peculii taxationem" eins ist, wie es nach Keller, Civilpr. S. 169 Note 461 scheint.

32) Dies erhellt deutlich aus l. 18. 19. D. de in rem verso vgl. l. 10 § 3 eod. 15. 3.

33) l. 1 § 2 D. de in rem verso — l. 1 § 10 D. quando de pec. act. 15, 2.

actione de peculio aut quod in rem domini versum esset. Natürlich konnte, wie durch die Klausel „duntaxat de peculio“ die Untersuchung sich beschränkte, so auch die Klage allein auf in rem versum gestellt werden z. B. wo das Peculium eingezogen, die Klage de peculio verjährt war.[34] Ueberhaupt mochte die eine oder andre Beschränkung oft gewählt werden, um die Consumtion auszuschließen. — In Verbindung mit der bisherigen Erörterung erklärt sich auch das Verhältniß der actio de peculio (et quod in rem domini versum est) zu der actio exercitoria, institoria, quod iussu. Es ist von selbst klar, daß wer diese letzteren Klagen anstellen kann, dem auch die ersteren zustehen, Gaius 4, 74. Ja weil diese aus jedem Geschäft et invito patre zusteht, so erwies sie sich da als allein möglich, wo die actio exercitoria, institoria und quod iussu wegen überschrittener Procura u. s. f. abgewiesen worden wäre. Ebenso klar ist aber auch, daß wo die exercitoria u. s. w. actio recht gebraucht war, die actio de peculio (tributoria) aut quod in rem versum esset nicht mehr Statt haben konnte.[35] Daß so die Klagen in einander übergreifen, beweist Gaius 4, 74 und Ulpian in l. 3 § 2 D. de in rem verso.[35a] War nun aber mit der actio exercitoria und ähnlich geklagt, so konnte doch noch „duntaxat de peculio“ eine Formel gegeben werden; denn das iudicium im ersten Falle erstreckte sich nur darauf, ob in negotium domini verwendet sei, und hatte zum Executionsobject nur die merx dominiea. Das ist der Sinn der l. 11 § 7 D. cit. (Note 35). War aber de peculio geklagt, so so war mit der actio de in rem verso auch die actio quod iussu u. s. w. consumirt, s. Note 33 und l. 4 § 5 cit in Note 35. Bekker a. a. O. S. 241 benutzt diese letztre Stelle gegen Keller zum Beleg, daß „wo zuerst mit der directen Klage ein Theil eingeklagt ist,

34) l. 1 § 1 D. de in rem verso.

35) l. 11 § 7 D. de instit. act 14, 3. Keller, Litiscont. S. 435, beschränkt den Sinn dieser Stelle zu sehr. — Eben so umgekehrt l. 4 § 5 D. Quod cum eo qui in aliena pot. 14, 5.

35a) Donellus, XV c. 50. Ed. Hannov. 1590.

die actio honoraria auf das Uebrige gehe." Wie wohl ich ihm das zugebe, so ist doch klar, daß l. 4 § 5 cit. dies durchaus nicht beweist.[36]

Was negotium sei, darf ich hier wohl unberührt lassen; man vgl. z. B. l. 1 § 7. 8 D. de his qui effud. 9, 3. l. 3 § 13 h. t. vgl. mit l. 2 § 5 D. ad municipalem 50, 1. Auch die verschiedene Behandlung bei iusiurandum, Compromiß, intercessio, je nachdem ein Sclave oder Hauskind geschworen, intercedirt hat, will ich übergehen; man vgl. z. B. l. 20—22 D. de iureiur. 12, 2. l. 3 § 5 —10. l. 5 § 2. l. 47 § 2 D. h. t. Ebenso bedarf es keiner Ausführung, daß die etwaige Modification des negotium durch dolus, culpa, mora des Hauskindes Nichts ändert, man s. z. B. l. 9 § 4 D. de dolo 4, 3. l. 3 § 5 D. commod. 13, 6. l. 1 § 42 D. depos. 16, 3. l. 32 § 3 D. de usur. 22, 1. l. 2 D. de fideiuss. Ingleichen soll nur erinnert werden, wie durch das iudicatum aus der causa delicti eine causa negotii wurde, l. 3. § 11 h. t. Aber Erörterung verdient, wann aus einem negotium nicht schlechthin de peculio also auch quod in rem versum esset, sondern nur „duntaxat de peculio" geklagt werden konnte und zwar iure praetoris geklagt werden mußte. Es müssen dies a. Geschäfte sein, in deren Natur es liegt, daß das patrimonium dadurch Nichts gewinnt, also alle Obligationen, die auf ein restituere, exhibere gehen. Hier mußte man sagen, quum res mea maneat, nec peculii esse; damit war die actio de peculio so gut, wie aus Delicten, verneint. Noch African trägt diese Ansicht vor, l. 38 pr. h. t. Julian und die späteren Juristen gestatteten auch hier die actio de peculio, aber nur „duntaxat de peculio," l. 3 § 4 D. commod. 13, 6.—l. 1 § 42 D. depos. 16, 3.—l. 5 pr. § 1 h. t.[36a] Dabei wurde nun auch ein Zusatz als Steigerung üblich „et si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est,"

36) Eben so wenig die von ihm angezogene l. 21 § 4 D. de exc. rei iud. 44, 2. welcher Stelle überdies l. 84 D. de solut 46, 3 widerspricht.

36a) Es verdient Beachtung, daß sie aber die annalis actio doch ausgeschlossen, l. 22 pr. § 1 D. depos. — Es wurde dies wichtig, wenn an solchen Sachen ein Delict von einem Dritten verübt war, ob der Vater oder der Sohn die pönale Klage habe: l. 52 § 9. l. 14 § 10 D. de furt. 47, 2.

wenn der Herr die facultas restituendi hatte und nicht restituirte oder dolo malo fecit quominus haberet. African erreichte dasselbe, wenn er die actio de peculio ganz ausschloß und zur actio ad exhibendum resp. zur rei vindicatio rieth: denn auch damit haftete qui dolo fecit quominus possideret. Daß jener Zusatz eine Steigerung enthielt, die weiter griff als die Clausel „duntaxat de peculio", zeigen deutlich l. 3 § 5 D. commod., l. 1 § 42 D. depos., l. 5 pr. h. t., und daß diese Steigerung nun eine Haftung über's Peculium hinaus, nach dem Gesichtspunkt des in rem versum möglich machte, beweist l. 36 h. t. Vgl. noch l. 18 § 4 D. de castr. pec. 49, 17.

b) Die Klausel „duntaxat de peculio" fand sich ferner in dem Fall, wenn nach Erlöschung des Peculium innerhalb eines Jahres de peculio geklagt wurde; und zwar dann mit dem Zusatz „et si quid dolo malo eius in cuius potestate est factum erit quominus peculii esset". Daß dies ein besondres Formular war, erhellt aus l. 1 pr. §. 10 D. quando de peculio actio annalis est 15, 2.

c) Endlich ist nicht zu bezweifeln, daß wo durch Litiscontestation und iudicatum aus der causa delicti eine causa negotii geworden, die Clausel „duntaxat de peculio" Statt hatte, l. 35 D. de nox. actt. 9, 4., l. 57 D. de iudiciis 5, 1. —

d) Von dem Fall unter c. ist aber zu unterscheiden die Haftung de peculio in quantum locupletior dominus factus est; einmal aus Delicten, l. 3 § 12 h. t., l. 4 D. de cond. furt. 13, 1. l. 3 § 4. l. 6 § 2 D. rer. amot. 25, 2.; l. 16 § 1 D. quod metus causa 4, 2. — l. 30 pr. D. de act. emti 19, 1., sodann aus Rechtsgeschäften eines impubes filiusfamilias vel servus, l. 1 § 4 h. t. Daß diese Haftung noch nicht so weit greift als duntaxat de peculio, bedarf keiner Ausführung, s. auch l. 4 D. de cond. furt.

Es ist hier Veranlassung, einer andern Clausel der actio de peculio zu gedenken, der clausula „et si quid dolo malo eius in cuius potestate est factum erit quominus peculii esset."

Bekker a. a. O. S. 334—36 f. meint, daß in der Clausel „et si quid dolo — fraudatus est actor“ auch jene enthalten sei, und hält also beide identisch; „daß die Peculienklagen verschiedene Clauseln de dolo enthalten, ist weder aus inneren Gründen wahrscheinlich noch von unsern Quellen bezeugt.“ Das kann nicht zugegeben werden. Die eine Clausel bezieht sich auf die Berechnung des Peculium. Was gehört dazu? Auch was der Herr dolo malo gekürzt oder eingezogen hat. Die andre Klausel betrifft den dolus in ipsa re de qua agitur. Jene Clausel kennt schon Labeo und stand ohne Zweifel im prätorischen Edict, l. 21 pr. h. t., l. 1 pr. D. quando de pec. act. ann., l. 1 § 1 D. de in rem. — l. 9. § 2 D. de trib. act.[37] Dabei mag nur erinnert werden, daß der Prätor in seinen Rechtsmitteln, wo es anging, die Clausel „quod dolo malo fecit quominus possideret“ anbrachte, während die civilen Klagen diesen Zusatz erst sehr spät aufnahmen, wie dies die rei vindicatio und hereditatis petitio einerseits, das interd. quorum bonorum und de precario andrerseits bezeugen. Die zweite Clausel ist ein Product der Jurisprudenz, wie aus den unter a. citirten Stellen sich ergibt; bis dahin galt der Vater als defensor und haftete also in solidum, wie wohl Maecianus in l. 18 § 4 D. de pec. castr. 49, 17 verräth. Nur von jener Clausel „quod dolo fecit quominus“ sprechen außer l. 21 pr. § 3. l. 26 h. t. l. 19 D. de in rem. auch l. 30 § 6. 7. l. 31 h. t., welche letztere Stelle Bekker mit Unrecht neben l. 5 pr. h. t. und andern citirt, da diese nur auf die andre Clausel sich beziehen. Vgl. auch l. 9 § 2 D. de trib. act. Bei jener Clausel gilt die Verjährung der actio de dolo, l. 30 § 6 h. t., keine Haftung des Käufers oder Erben außer quod ad eos pervenit l. 21 § 2. l. 30 § 7 h. t., genügt einmalige Berechnung l. 26 h. t. Bei der andern Clausel ist das Erste nicht möglich, weil es nur ein dolus in ipso negotio ist, also nur die Verjährung der

37) Ebenso die ähnliche Klausel bei der tributoria actio, l. 7 § 2—l. 8 D. de trib. act. 14, 4. — — quamvis non aliter quam dolo interveniente competat.

Geschäftsklage entscheidet; in Betreff des Zweiten würde die beschränkte oder unbeschränkte Haftung quaestio facti sein, wie beim Erblasser selber; das Dritte ist hier nicht denkbar, da die Haftung so oft sich wiederholt, als in ea re captus fraudatusque actor est.

IV.

Die actio de peculio führt zu einer Berechnung des Bestandes des Peculium (computatio). Es wird also das baare Vermögen ermittelt; sodann werden die Peculiarforderungen aufgerechnet (in peculium imputari, in peculium haberi; augetur peculium). Bei dieser Aufrechnung der Peculiarforderungen macht es keinen Unterschied, ob dem Sclaven oder Hauskinde vom Herrn (den Mitsclaven, den Geschwistern) oder von einem Dritten geschuldet wird.[38] Nur bleibt ausgeschlossen, was der Herr dem Sclaven aus seinem eignen Delict schuldet, da dies als dolose Minderung oder Rücknahme erscheint und also von der betreffenden Klausel getroffen wird: es ist das computatio, nicht imputatio. Aus den früheren Erörterungen ergibt sich ferner, daß bei Ermittlung des baaren Vermögens ausgeschlossen bleibt was dem Sohn commodirt, deponirt, verpfändet, vermiethet und aus verwandten Verhältnissen in seiner Hand ist[39] — non computatur. S. noch oben S. 11, 1—4. Ist so der Activbestand festgestellt an baarem Vermögen, an Forderungen, wobei das Risico den Gewalthaber angeht als ob er del credere stände: so wird die Schuld des Sclaven an den Herrn ermittelt und endlich die Bilanz gezogen (deductio). Ergibt sich ein Passiv-Saldo (quia plus patri debetur), so heißt es: nihil est in peculio; ergibt sich ein Aktiv-Saldo, so heißt es: solvendo

---

38) l. 38 § 2 D. de cond. indeb. 12, 6. Gleichviel ob die Forderung aus einem negotium oder Delict kommt, l. 7 § 4. 5—7. l. 9 § 1. l. 17. l. 41. h. t. — l. 6 § 4. l. 8 § 2. 5. l. 23 § 1 D. de pec. leg. 33, 8—l. 52 §. 26. l. 56 § 3 D. de furt. 47, 2.

39) Gerade hieraus erklärt sich African's Ansicht l. 38 pr. § 1. h. t. — — computari non oportere. S. oben S. 25. Im Zusammenhang damit steht l. 14 § 10. l. 52 § 9 D. de furt. 47, 2.

est peculium. Auf diesen Aktiv-Saldo wird die Execution aus der actio de peculio vollstreckt. Die actio de peculio ist eine Klage auf den Saldo, — cum deductione agitur. Daß die deductio „ad condemnationem ponitur“, erfahren wir aus Gaius 4, 65. 68. Und es erhellt hieraus aufs Neue, daß Bekker's Ansicht über die Formel der actio de peculio unbegründet ist. Die Grundsätze der deductio im Einzelnen zu verfolgen, ist hier nicht meine Absicht. Es soll mir Folgendes genügen. Die deductio bezeichnet an sich nur ein Rechnungsverhältniß, im Gegensatz zur Compensation (quasi solutio), womit sie nur scheinbar verwandt ist. Sie ist Nichts weiter als Ziehung der Bilanz; ihr Resultat ist nur der Saldo. Sie ist noch keine Zahlung; doch kann die Zahlung, eximere, auferre de peculio, adimere, ihr folgen. Daher wiederholt sich die Ziehung der Bilanz immer, solange es nur bei dem Rechnungsverhältniß geblieben (si vero eandem positionem peculii reliquit).[40] Bei der deductio kommt es nicht auf par species an; auch die betagte Schuld wird berechnet: ein Zeugniß dafür, daß die deductio beim bonorum emtor nichts Andres ist[41] Welcher Art auch die Schuld sei, wenn sie nur nicht pönale ist, kommt nicht in Frage, l. 9 § 6. l. 4 § 4. h. t. l. 30 pr. D. de act. emti 19, 1. Nur wenn die Tilgung der Schuld auf anderem Wege erzielt werden konnte oder kann, wird sie bei der deductio nicht angesetzt: es kann sich dies auf alle Posten im Debet, die ganze Rechnung oder auch auf einzelne nur beziehen.[42] Die Rechtferti-

---

40) l. 11 § 3—5 h. t. — Nicht richtig Brinz, Compensation. S. 98.

41) l. 11 § 3—5 h. t. „pro quinque vicarium deducere.“ — Marcellus neigte sich in Betreff der betagten Schuld („die rothe Ziffer“ im Contocurrent) zu der Ansicht, daß solche Posten aus der Rechnung vorerst ganz wegzulassen und nicht zu discontiren seien, „ut medii temporis interusurium magis creditor consequatur“ l. 9 § 8 h. t. — Gaius 4, 66. 67.

42) l. 11 § 6. 7 h. t alle Posten. — l. 9 § 8 h. t. einzelne Posten z. B. eine Schuld des Herrn servi nomine implicirt ein in rem versum: secum debebit compensare. Brinz a. a. O. S. 88 ist im Unrecht, diese Stelle zum Beleg anzuführen, daß man bei compensatio „nicht nothwendig an den juristischen Effect einer Zahlung dachte.“ Die Stelle bezeugt das Gegentheil

gung der deductio hat die römischen Juristen beschäftigt. Die Einen sagen: non est in peculio quod domino debetur; Andre: praevenisse dominus et cum servo suo egisse creditur; Andre wieder: non est verisimile, dominum id concedere servo in peculium habere quod sibi debetur; endlich auch: quasi sibi eum solvere, l. 9 § 2. 4. h. t. Die Präventionstheorie erklärt sich leicht nach der Prävenienz auswärtiger Gläubiger; aber derselben wie auch der Anschauung quasi sibi eum solvere widerspricht, daß deductio noch keine Zahlung ist. Ich bekenne mich zu den anderen Anschauungen: non est in peculio quod domino debetur, quoniam non est verisimile rel. Was der Herr dem Sclaven credendi causa geleistet oder im Namen des Sclaven an Dritte geleistet hat, das ist nicht peculiari nomine, nicht peculiaris causa, nicht aes suum (servi): wäre es aes suum, dann wäre es auch peculii. So aber ist es extra causam peculii und deßhalb non in peculio. Es wird hiermit klar, wenn es so oft heißt: voluit ex re sua p e c u l i i esse. Die causa separandi entscheidet. Was der Herr nicht ex causa peculii dem Sclaven gibt, das bleibt in seinem patrimonium und ist für das Peculium aes alienum dominicum. Es kann aber auch die Schuld an den Herrn „dominum concedere servo in peculium habere" z. B. wenn er die Schuld dem Sclaven erläßt, wenn er von vorn herein animo donandi zahlt, wenn ein Dritter servi nomine und natürlich animo donandi intercedirt, l. 4 § 1. 5 h. t., wenn der Herr dem Sclaven das Peculium legirt non deducto aere legato, so daß der Erbe Nichts abziehen darf l. 6 § 1 D. de pec. leg.; wozu vgl. Note 42. Es zeigt sich in alle Dem recht deutlich wieder, wie das Peculium als quasi patrimonium aufgefaßt wurde.

Die Frage, wer deducere, bilanziren könne, würde jetzt zu

und bezeugt, daß deducere und compensare sehr verschiedene Dinge sind. Was nicht getilgt ist, kommt in die deductio; und daß auch juristische Tilgung gilt, sieht man unter Anderen aus l. 4 § 1. h. t., l. 6 § 1. l. 8 § 5. 6. D. de pec. leg. 33, 8. — Andre Beisp. in l. 17 h. t. und l. 16 D. de pec. leg.

beantworten sein; ebenso aus welcher Person, ob der Erbe nicht bloß die Forderungen des Erblassers, sondern auch seine eignen, ob der belangte Socius auch die seines Associés, ob der Erbe auch die des coheres u. s. w. Da diese Frage zu mancher anderen Erörterung führen würde, auf welche es hier nicht abgesehen ist, so verweise ich nur auf l. 9 § 3—5. l. 11 § 7—l. 19 § 1. h. t. — l. 6 § 5. l. 7 D. de pec. leg. 33, 8. Theilweise ergibt sich auch die Antwort aus der nachfolgenden Darstellung, die der Frage gilt, wer mit der actio de peculio belangt werden könne. Nach dem Edict ist die Antwort einfach: is in cuius potestate est; denn da auch ist die Möglichkeit des Peculium vorhanden. Dies kann sein der Herr, der Vater, der bonae fidei possessor, der Usufructuar, der Ehemann (servus dotalis); die Erben des Herrn, des Vaters. Beim b. f. possessor und Eigenthümer, ingleichen beim Usufructuar und Ehemann begegnen wir einem duplicis iuris peculium; äußere Verwandtschaft damit hat der Wechsel des Eigenthums am Sclaven durch Verkauf, Legat. Hieran schließt sich der Fall, wenn durch Tod, Manumissio des Sclaven, durch Emancipation das Gewaltverhältniß gehoben ist; denn nun ist das wirkliche Peculium ipso iure erloschen. Mit Unterscheidung dieser Fälle wollen wir die obige Frage erörtern.

So viele Gewalthaber, so viele Peculien sind möglich, also so viele Beklagte; denn für jeden gilt die Peculienfähigkeit dessen, der in der Gewalt steht. Gelten diese verschiedenen Peculien als eines? Die einstimmige Antwort ist, daß trotz mehrerer Gewalthaber doch nur e i n Peculium vorhanden ist: denn die Peculienfähigkeit wird nicht eine vielfache. Marcellus, Paulus, Ulpian, Julian bezeichnen dies so: qui cum servo contrahit, u n i v e r s u m peculium eius quod u b i c u n q u e est veluti patrimonium intuetur, l. 19 § 1. l. 32 pr. l. 47 § 5 h. t. Wie der paterfamilias nur e i n patrimonium, so hat der Sclave nur e i n Peculium, weil wie die Vermögensfähigkeit, so auch die Peculienfähigkeit immer nur e i n e sein kann. So das Princip, das in den Fällen g l e i c h e r, wie u n g l e i c h e r Gewalt, g l e i c h z e i t i g e r und s u c c e s s i v e r Gewalt

überall vorgehalten wird. Die verschiedene Natur der Verhältnisse führt nur zu Modificationen in der Anwendung jenes Princips, wie im Folgenden gezeigt werden soll.

Erstens: gleiche und gleichzeitige Gewalt. Mehrere Herren (Miteigenthümer) sind vorhanden. Hier ist zu unterscheiden. a) sie sind socii. Was ein Sclave erwirbt, erwirbt er seinem Herrn, mehreren Herrn also pro dominicis partibus, nicht pro aequis.[43] Nicht anders kann es sich mit den Schulden des Sclaven verhalten. Also müßten die socii mit der actio de peculio nur auf ihren Antheil am Peculium haften. Es ist nun aber klar, daß die socii selber gegen einander aus der Schuld des Sclaven an Beide oder Einen von Beiden nicht de peculio klagen können l. 20 h. t. Sie haben ja Beide das ganze Peculium, zum Unterschied vom Usufructuar neben dem Eigenthümer l. 19 § 2 h. t., ingleichen vom b. f. possessor neben dem Eigenthümer, ingleichen von zwei b. f. possessores und zwei fructuarii.[44] Hieraus erklärt sich einmal, daß „in duobus dominis sufficiat pro socio vel communi dividundo“, zweitens das Dogma, daß der Gläubiger des Sclaven gegen Jeden der Herren in solidum klagen kann; und hieraus wieder rechtfertigt sich, daß der Beklagte nicht bloß seine Forderung, sondern auch die seines Socius in Anrechnung bringt: nam qua ratione in solidum alteruter convenitur, pari ratione deducere eum oportet quod alteri debetur l. 11 § 9. l. 27 § 8 h. t. (Julianus) l. 13 § 2 D. de inst. act. 14, 3. (Jul.). Als Resultat ergibt sich: der Sclave zweier Herren hat ein Peculium (commune peculium). Dieses eine Peculium gehört beiden Herren: also „hoc casu etiam cum eo agi potest penes quem peculium non est“ l. 12 h. t. (Julianus). Der belangte Socius haftet, soweit er und sein Genosse ein Peculium haben deducto eo quod iis debetur. Die Bilanz zeigt, was dem Einen was dem Andern als reines Peculium (computatur)

---

43) l. 1 § 4. l. 5. l. 7. l. 19. l. 27. l. 37. D. de stip. serv. 45, 3.
44) l. 13. 15 h. t. — l. 27. 32. D. de stip. serv.

zukommt. Es ist möglich, daß auf dem Separatconto des Einen kein Activ-Saldo bleibt aber auch kein Passiv-Saldo (nullum est peculium), möglich daß ein Passiv-Saldo sich herausstellt (nihil est in peculio, quoniam plus huic domino debetur). Wie dann? Soll der belangte Socius, apud quem peculium est, weiter als sein Peculium reicht, auch für den Andern leisten müssen? Die Antwort liegt in dem Satz enthalten, daß wo kein Peculium ist zwar die Intention begründet sei, also die Klage ipso iure Statt, aber keine Wirkung habe: das Executionsobject fehlt und die Peculiarschuld des Sclaven ist keine persönliche Schuld des Herrn. Recht verstanden, kann man mit Marcellus, Ulpian, Papinian, Tryphoninus sagen: dominum etsi quis debitorem existimaverit, a t t a m e n l o c o e s s e c o n d i t i o n a l i s d e b i t o r i s.[45] Es folgt: der Socius, auf dessen Conto nullum est peculium aut nihil in peculio, ist noch Nichts schuldig; und wenn er errore facti zahlte, könnte er condiciren (Note 45). Mithin hat der Andre, der das Volle bezahlt, die communi dividundo oder pro socio actio soweit nicht als er über seine Portion zahlte, und nicht einmal die actio negotiorum gestorum. Denn jener Socius, auf dessen Separatconto nullum est peculium, könnte condiciren, ist also nicht liberirt, weil er zur Zeit Nichts schuldet: „at si nullum sit apud alterum peculium, contra esse quia nec liberare ullo modo aere alieno eum intelligitur" l. 27 § 8 h. t. (Julianus).[46] Ist nun auf beiden Separatcontis Peculium vorhanden, so haftet auf die Summe, die sich durch Addition der beiden Saldi ergibt, Jeder der Socii in solidum; den Schuldantheil des Andern erhält er durch pro socio oder communi dividundo actio.[47] Stellt sich auf dem einen Separatconto kein Pe-

45) l. 5 § 2. l. 27 D. de liber. leg. 34, 3. — l. 50 pr. h. t. — Andere Consequenzen in l. 35. D. de fideiuss. 46, 1., l. 1 § 8. l. 2. l. 19 § 2 D. de pec. const. 13, 5.

46) l. 25. D. comm. div. 10, 3. (Jul.). — Vgl. l. 43 D. de neg. gest. 3, 5.

47) l. 8 § 4. l. 25 D. comm. div. 10, 3. — Wir können uns das so

culium heraus, so ist soweit nur bedingte Schuld, also noch gar keine Schuld vorhanden. Dafür kann auch der Andre nicht aufkommen, wie Jener selbst nicht; und hier werden Cautionen nöthig „de futuro incremento peculii", daß künftig aus dieser Forderung nur Jener hafte, auf dessen Conto jetzt kein Activ-Saldo sich ergeben hat. Dies deßhalb, weil jeder der Socii „universum debet" d. h. in solidum haftet, also mit der Klage gegen Einen die gegen den andern consumirt ist.[48] Die solidarische Haftung wird nur realisirt, wenn beide Contis einen Activ-Saldo aufweisen: dies ist die Voraussetzung der Stellen in den Noten 46—48. Also wird auch nur soweit die Solidarität vollzogen, als das Separatconto des Andern, der nicht belangt war, Peculium aufweist, l. 28 h. t. (Julianus). Wir können es nun auch so ausdrücken, die Socii eines Sclaven stehen nicht für die Solvenz der Netto-Peculienantheile eines Jeden d. h. der Separatcontis. — Der Fall, den ich bisher vorausgesetzt habe, ist der gesetzliche, der kraft des objectiven Rechtes eintritt. Zwei Eigenthümer, die socii des einen Sclaven sind, haben ein commune peculium; selbstverständlich folgt auch ohne neue Beredung dem gemeinsamen Sclaven ein gemeinsames Peculium; in der societas servi communis habendi ist das commune peculium eingeschlossen, kraft der „communio iuris" um mit Paulus l. 32 D. de stip. serv. 45, 3. zu reden. Meine frühere Erörterung über das Wesen des Peculium bestätigt sich hier augenscheinlich; eine genauere Exegese des Titels de stipulatione servorum würde dies im Einzelnen darthun und besonders auch herausstellen, wie das Separatconto jedes Socius auch bei gleichem Antheil am Sclaven einen verschiedenen Activ-Bestand haben kann. — Diese communio iuris ist aber nicht eine absolute

---

vorstellen, daß der Activ-Saldo auf dem einen Conto nun als Passiv-Saldo auf dem andern vorgetragen wird; und zwar vom Tage der Verurtheilung an, was wichtig wird wegen usurae ex officio iudicis und etwaigen periculum, l. 9. 15. 25 eod.

48) l. 47 § 2 h. t. (Paulus). — l. 15 D. comm. div. (Paulus). — Vgl. l. 16 D. comm. div. und l. 27. 28 D. pro socio (Paulus). 17, 2.

Folge der societas servi communis habendi, sondern nur eine dispositive Bestimmung. Mehrere Rheder können auch „per se navem exercere, ut pro portionibus exercitionis conveniantur.“ So kann auch von den Sociis eines Sclaven jene dispositive Norm abgeändert sein: „interdum et in sociis, si forte separata apud se peculia habeant, ut alter alterius peculii nomine non conveniatur“ l. 15. h. t. Es ist auch möglich, daß nur Einem das Peculium gebühre. Julian in l. 16. h. t. fragt daher: Quis ergo casus est quo peculium servi communis ad alterum ex dominis solum pertineat? und macht es durch Beispiele klar.[49] Wo dies nun zutrifft, kann ein Gläubiger des Sclaven noch immer jeden Socius de peculio verklagen; denn für die rechte Intentio entscheidet nur das Dasein eines negotium. Der Unterschied liegt nur darin, daß die activen und passiven Peculienantheile Beider nicht eine Masse bilden, das universum peculium nicht berechnet wird und folglich auch die Schuld an den, der nicht belangt ist, aus der deductio wegbleibt. Daß dies je bezweifelt worden sei, wie Keller, Litiscont. S. 550 meint, ist unglaublich[50]; man hat vielleicht darüber disputirt, warum im Fall des commune peculium Jeder in solidum — alterius peculii nomine — hafte. Hierin konnte eine Singularität gesehen werden, wie h. z. T. bei der solidären Verpflichtung durch Zeichnung mit der Firma. Aber im Fall der separata peculia oder wenn das Peculium nur Einem gehört handelt es sich gar nicht um Singularität, sondern um das ius commune, wie es bei der Societät gilt, vgl. z. B. l. 4 pr. D. de exerc. act. 14, 3.

b) Die mehreren Eigenthümer des Sclaven sind nicht socii

---

49) Das zweite Beispiel findet sich ausgeführt in l. 37 § 1. 2 D. de acq. dom. 41, 1. (Jul.), wozu auch gehört l. 24 D. comm. div. (Jul.) und l. 28 § 1. D. de stip. serv. (Gaius zu Jul.). 45, 3.

50) Gegen Keller auch Bekker a. a. O. S. 313, der nur S. 312 mit Unrecht die unrichtige Bemerkung Keller's a. a. O. S. 546 adoptirt: „daß mehrere Miteigenthümer eines Sclaven auch ohne Societas doch socii hießen“ d. h. doch wohl nicht seien. Das widerlegen alle Stellen.

am Sclaven z. B. es ist Mehreren ein Sclave cum peculio legirt oder Mehreren als Erben das Eigenthum am Sclaven erworben. — Im Fall der Miterbschaft entscheidet für das erbschaftliche Peculium: nomina inter ipsos heredes sunt divisa, und in Betreff der res peculiares die Theilungsklage. Der erste Satz führt dazu, daß wie Julian sagt „et de peculio actio et deductionis ius scinditur.“ Die Peculiar-Forderungen und Schulden sind nun Objecte der Erbschaft geworden, gleichviel ob der Sclave testamentarisch freigelassen oder selber Erbe geworden. Also haftet jeder Erbe pro parte duntaxat, und jeder hat die deductio nur auf seinen Erbantheil, l. 14. l. 30 § 1. 2. l. 32 pr. h. t. — Die Entscheidung fällt nicht ganz gleich aus, wenn mehrere Hauskinder, die ein Peculium hatten, ihren Vater beerben. Diese müssen aus gutem Grunde die Klage de peculio in solidum übernehmen, jedoch können sie Cession der Klage fordern, l. 30 § 3 h. t. l. 18 § 5 D. fam. ercisc. 10, 2. l. 28 pr. D. de cond. indeb. 12, 6. Uebrigens wird durch Testamente dies Alles in beiden Fällen meist vereinfacht worden sein, indem z. B. einem Erben allein das Peculium zugewiesen oder die Consolidirung der Peculien ausgeschlossen wurde, l. 39 § 4. 5. l. 20 § 3. l. 18 pr. D. fam. ercisc. — Ist Mehreren ein Sclave cum peculio oder sein Peculium servo manumisso legirt, so muß die Entscheidung ebenso lauten als wenn überhaupt nur Einem legirt wäre. Es gehört dieser Fall überhaupt nicht zu den hier betrachteten, sondern zu der andern Kategorie, wenn durch Singularsuccession das Eigenthum am Sclaven oder das Recht am Peculium geändert ist, vgl. l. 47 § 6 h. t.

Zweitens: Ungleiche, aber gleichzeitige Gewalt. Mehrere Gewalthaber sind da, von denen der eine der Eigenthümer, der andere Usufructuar oder b. f. possessor oder Besitzer iure dotis ist. Hier ist nun offenbar ein commune peculium nicht möglich, wegen der Verschiedenheit des Gewaltverhältnisses; es besteht keine communio iuris l. 32 D. de stip. serv. Soviel ist also klar, daß Keiner in solidum haftet (alterius peculii nomine) und Jeder nur die Schuld an ihn selber in Rechnung bringt. Aber

im Princip gilt auch hier: eum qui contrahit totum servi peculium velut patrimonium intuitum; das heißt, der Usufructuar wie der Eigenthümer haften Jeder de peculio und zwar ex omni contractu, obwohl das Geschäft nur den Einen angeht, l. 19 § 1 (Marcellus bei Ulpian) l. 37 § 3 h. t. Neben dieser principiellen Entscheidung erkannte Marcellus als zweifellos an, daß man auch den, welchen es angehe, vorerst belangen und auf den Rest den Andern anhalten könne. Diese Wendung des Princips scheint entsprechender und wurde von Ulpian und Papinian bestätigt, l. 19 § 1 cit. So erhellt, wie der Eigenthümer in die Lage kommen kann, gegen den Usufructuar de peculio zu klagen, und umgekehrt. Die actio de peculio unter diesen Gewalthabern hat denselben Zweck, wie die pro socio actio unter den Sociis, und ist dort ebenso nöthig wie hier unnöthig, l. 19 § 2 h. t. Ich zweifle nicht, daß auch im Fall der separata peculia der eine Socius gegen den andern die actio de peculio zu demselben Zweck gebrauchen konnte oder, was mir wahrscheinlicher scheint, daß man ein utile iudicium communi dividundo gewährte.[51] — Daß dies Alles ebenso ist auch bei mehreren Fructuaren oder b. f. possessores, versteht sich; denn das Verhältniß zum Eigenthümer schließt die societas servi und communio iuris aus, l. 15. l. 32 pr. h. t.

Drittens: successive Gewalt. Das Eigenthum am Sclaven oder das Recht am Peculium hat sich durch Singularsuccession geändert z. B. durch Verkauf, Legat. Hier sind drei Fälle zu unterscheiden a) der Sclave ist ohne Peculium verkauft, legirt. Dann ist soviel gewiß, daß der Käufer, Legatar deßhalb allein, weil sie den Sclaven haben, ex ante gesto nicht haften[52]; ebenso umgekehrt, daß der Verkäufer, soweit bei ihm Peculium verblieb, ex post gesto nicht hafte[53]: die annalis actio bezieht sich

51) Vgl. l. 32. D. de stip. serv. l. 39 eod.

52) Hiermit hängt die von Ulpian mit Recht verworfene Ansicht des Sabinus und Cassius zusammen in l. 42 h. t.

53) Es wäre denn zur Unzeit verkauft, l. 43 h. t. — Die Regel selbst in l. 38 §. 3 h. t. mit Anwendung auf deductio.

nur auf ante gestum. Aber wenn der Sclave beim Käufer ein Peculium erworben hatte, dann mußte dieser auch ex ante gesto haften.[54] Auch dies begründet sich durch den Satz: quasi patrimonium liberi hominis peculium servi intelligitur ubicunque esset, l. 47 § 6 h. t. Doch ist zu vermuthen, daß der Käufer, der ex ante gesto geleistet, gemäß der analogen Entscheidung des Marcellus an den Verkäufer den Regreß hatte, wenn die actio annalis noch nicht verjährt war.

b) Der Sclave ist mit dem Peculium verkauft, legirt. Die Entscheidung ist hier verschieden. Im Fall des Legats dient die Analogie des fideicommissum hereditatis: der Erbe bleibt iure Gläubiger und Schuldner, also auch peculiari nomine. Er würde mithin haften, obwohl er das Peculium tradirt hat; er würde freilich auch die Peculiarforderungen haben, soweit nicht der Erblasser es untersagt, l. 8 § 6 D. de pec. leg. 33, 8. Dagegen konnte sich der Erbe sichern durch Caution, defensum iri adversus creditores peculiarios; in Betreff der Forderungen war Delegation nöthig oder Cession in rem suam.[55] — Im Fall des Verkaufes cum peculio ist gewiß, daß auch ex ante gesto der Käufer haftet; und der Verkäufer konnte nicht einmal intra annum belangt werden: l. 27 § 2. l. 32 § 2. l. 47 § 4 h. t. Die actio annalis setzt voraus, daß beim letzten Herrn noch ein Peculium dasei. Das war freilich quaestio facti. Der Sclave mit dem Peculium kann ja auch so verkauft sein, „ut pretium pro peculio venditor acciperet.“ Dann haftete nur der Verkäufer, l. 33. 34 h. t.; denn an den Käufer war das Peculium nicht als Brutto-Vermögen gekommen, sondern nur die einzelnen Peculiarsachen speciell taxirt. Oder der Verkäufer machte den Käufer zum cognitor in rem suam, wogegen dieser auch als defensor die Schul-

54) Zum Unterschied von der tributoria actio, l. 10 D. de trib. act.

55) Caution in l. 18 D. de pec. leg. — l. 1 § 7 D. quando de pec. act. — — nam si cum peculio rel. — — ergo si tradiderit sine cautione, erit conveniendus. — Vgl. Gaius 2, 252. Das sctum Trebellianum konnte begreiflich keine Anwendung finden.

den übernahm. Dann war cum peculio verkauft, und der Verkäufer konnte ex vendito klagen, soweit er die Schuld an ihn selbst nicht berechnet hatte, l. 11 § 7 h. t.[56] Da in jedem Fall, der Eigenthümer mag cum peculio verkauft oder pro peculio pretium empfangen haben, ein inneres Verhältniß vorliegt, so erklärt sich daß dadurch Dritte mit ihren Forderungen nicht berührt werden konnten: dies führt zu dem Dogma, daß der Gläubiger ex ante gesto freilich auf seine Gefahr sowohl den Verkäufer als den Käufer belangen könne, l. 11 § 8. h. t. Die Ausgleichung unter Beiden ist Sache des Kaufcontractes, wie im Fall des Legats Sache der Caution: diese Regreßfrage kann die Gläubiger nicht berühren, und damit erkläre ich die von Andern gebilligte Ansicht des Julianus: omni modo permittendum creditoribus vel in partes cum singulis agere vel cum uno in solidum, l. 27 § 3 h. t. Wie das in solidum zu verstehen sei, ergibt sich aus dem Obigen: universum peculium computandum esse quod ubicunque esset, wie derselbe Julian in l. 27 § 2 h. t. mit Paulus in l. 47 § 6. h. t. gerade für diesen Fall wiederholt.

c) das Peculium allein ist verkauft, legirt, non ademtum. Dann muß entschieden werden wie unter b: l. 53 h. t., l. 17 D. de pec. leg. 33, 8. Vat. Fr. 260.

Viertens. Das Peculium ist ipso iure erloschen. Dann greift die actio annalis Platz, die uns hier nicht weiter interessirt.

Die letzten Erörterungen führen zu einer Frage, die für alle gleich gilt. Wenn Mehrere mit der actio de peculio belangt werden können, obwohl auch nur in partes — quatenus apud eos est —, werden durch die Klage gegen Einen die Andern frei? Im Fall solidarer Haftung hat die Frage keinen Werth und ist sie auch von den römischen Juristen nicht gestellt. Im andern Fall, bei

56) Nur nicht de peculio, l. 27 § 4—7. h. t. — Auch im andern Fall konnte er gegen den Käufer abziehen l. 47 § 5 h. t.; denn es war dann „deducto peculio" Clausel des Kaufcontractes. — Combinirte Verhältnisse in l. 23. 30 pr. D. de act. emti 19, 1 und im Redhibitionsfall in l. 31 § 4 D. de aed. ed. 21, 1. —

mehreren Fructuarien, Erben, separatis peculiis, Käufer und Verkäufer, kann täuschen daß die Haftung doch nicht „in maiorem quantitatem eius peculii, quod penes se habet qui convenitur“ sich erstreckt; also müßten die Anderen noch immer haften. Aber die Intentio der Peculienklage lautete unmöglich, wie Bekker meint, „auf so viel als eben im Peculium;“ noch „comparirte darin nur der Sohn oder Sclave si liber esset“ wie Keller Litisc. S. 422 —29 behauptet.[56a] Keller und Bekker übersehen eine scheinbar unbedeutende Stelle bei Gaius 4, 134. 135, die wohl Aufschluß giebt. „Intentione formulae determinatur is cui dare oportet; et sane domino dare oportet quod servus stipulatur.“ Also aus einer Forderung, die durch den Sclaven erworben ist, geht die Intention auf den Herrn. Warum soll das nicht umgekehrt gelten? Aus einer Schuld, die durch den Sclaven begründet ist, geht die Intentio auch auf den Herrn, auf den Vater, den Usufructuar: nur diese compariren in der Intentio, hier wie dort. „At in praescriptione de pacto (facto) quaeritur, fährt Gaius fort, quod secundum naturalem significationem verum esse debet.“[57] Was heißt das anders, als: die Formel hat eine praescriptio. In dieser Präscriptio ist des pactum, überhaupt des negotium gedacht, das der Sclave, der Haussohn contrahirt hat, und wodurch der Herr berechtigt oder verpflichtet wird, gleichviel ob in solidum oder nicht. Wir dürfen weiter vermuthen, daß diese Präscriptio in der Formel stand loco demonstrationis.“ Gaius 4, 136. Der ungefähre Umriß der Formel würde also sein: Judex esto. Quod A. A. de Sticho servo, qui in potestate Titii est, stipulatus est sive id in patrimonium Titii sive in peculium ipsius redactum erit, cuius rei dies fuit: quidquid ob eam rem Titium A° A° dare facere

---

56a) Savigny, Obligationenrecht I. S. 209. 213 verweist auf Keller, ebenso Ruhstrat, Oldenburger Archiv I. S. 37—40, welcher nur Kellers Fiction bei den Sclaven verwirft.

57) Vgl. Huschke in d. Ztschr. f. gesch. Rechtsw. XIII. S. 325—28, dessen Bemerkungen ich überall beistimme.

oportet: id Titium condemna. Die Modalitäten dieses Schemas, die etwaigen praescriptiones vor der Formel („duntaxat de peculio"), die adiectiones am Schluß (de dolo) ergeben sich aus der bisherigen Darstellung. Weil das Peculium dem Herrn gehört, so wäre es schon deßhalb juristisch unmöglich: servum vel filium familias dare oportere. Damit fällt Keller's Construction und Fiction. Auch erhellt, warum neben der actio de peculio und überhaupt den actiones adiecticiae qualitatis die directe Klage gegen den filius familias (magister, institor) in reliquum zusteht, soweit also Consumtion nicht eintritt; die directe Klage, nur beim Haussohn möglich, würde ja lauten: quidquid ob eam rem filium familias dare oportet. Es ist ferner klar, warum durch die eine actio adiectitiae qualitatis die andre consumirt wird; denn in der Intentio der einen wie der anderen actio adiecticiae qualitatis comparirt überall nur der Herr oder Vater. Hier dienten jedoch wahrscheinlich praescriptiones pro actore zur Abhülfe, während die Praescriptio loco demonstrationis in unserm Falle pro reo et actore war. Können nun Mehrere mit der actio de peculio belangt werden, so müssen auch durch die Klage gegen Einen die Anderen frei werden: denn eadem res agitur, nämlich hat dieser Sclave contrahirt, besteht Schuld um dieses Sclavens willen; und das dare oportet dessen, der die Potestas hat, ist dasselbe bei Sociis, bei Fructuarien u. s. w., wie aus der früheren Darstellung sich ergiebt. Im Zusammenhang damit finde ich, was Proculus in l. 47 § 3 h. t. schreibt: re integra non esse permittendum actori dividere actionem, ut simul cum emtore et cum venditore experiatur. Aber dies Resultat ist ein formell-juristisches (occasione iuris liberantur — intentio liberat); und mit dem Cardinalsatz quasi patrimonium servi peculium intelligitur ubicunque esset, nam qui cum servo contrahit, universum peculium eius quod ubicumque est veluti patrimonium intuetur" rechtfertigt man eine neue Klage gegen die Andern in reliquum, denn wenn gleich nur ein Peculium beim Sclaven ist, so kann doch immer nur die Quote, welche dem Beklagten gebührt, berücksichtigt werden,

also doch nicht das eine ganze Peculium. Es folgte, daß der Bestand des Peculium zur Zeit der neuen Klage entschied; sonst hätten auch simultane Klagen zugelassen werden müssen, l. 32 pr. § 1., l. 37 § 3. l. 47 § 3 h. t.

Mit der eben besprochenen Frage darf eine andre, allerdings äußerlich verwandte, nicht verwechselt werden. Die Frage, warum derselbe Gläubiger aucto peculio von Neuem klagen könne, l. 30 § 4. l. 47 § 2 h. t. Wäre das Peculium die causa obligationis, also hätte nach Bekker die Intentio eine Verhaftung des Vaters auf soviel als eben im Peculium behauptet[57a]: dann wäre für eine zweite Klage Restitution nöthig gewesen, und davon bezeugen die Quellen hier Nichts. Auch nach Kellers Construction der Formel wurde nothwendig die ganze Forderung consumirt, wie Bekker mit Recht entgegenhält. Aber ein Blick auf die Formel, wie ich sie oben angegeben, erklärt hinlänglich die Wiederholung der Klage ohne Restitution. Intenditur recte, etiamsi nunc nihil sit in peculio: der Vater, der Herr muß geben; aus der praescriptio loco demonstrationis ersah man, warum er und woher er geben müsse. Dadurch motivirte und begrenzte sich das dare oportere, oder wie die römischen Juristen in l. 5 § 2 D. de lib. leg. 33, 8. schreiben das dare oportere war ein bedingtes: patrem enim etsi quis debitorem existimaverit (wegen der Intentio), attamen loco esse conditionalis debitoris. Diese Präscriptio bewirkte, was die praescriptio loco demonstrationis bei der Stipulatio eines incertum erzielte. Gaius 4, 131. 136. Daher ist nie bezweifelt worden, daß immer aufs Neue de residuo debiti geklagt werden konnte, ohne daß Restitution oder nur Caution de futuro incremento peculii nöthig wäre. Daß nun gegen den, welcher schon belangt war, die Klage wieder Statt hat, gegen den aber, der noch nicht belangt war, es der Restitution bedarf, muß auffällig erscheinen. Ich weiß das nur so zu erklären: im ersten

---

57a) Bekker hat aber soweit das Richtige getroffen, als er den Vater in der Intentio compariren läßt.

Fall war eine juristische Untersuchung über das dare oportet, über Existenz der Schuld offenbar nicht wieder nöthig; dies wurde klar durch den Zusatz in der praescriptio: cuius rei dies fuit. Die Klage de residuo debiti war also nur eine Klage zur Vollstreckung des iudicatum aus der ersten Klage de peculio, keine neue Klage, auch keine wiederholte Klage: die Frage war nur, hat sich das Peculium vermehrt.[58] Die Klage gegen einen Andern als den zuerst Belangten war in der That nova actio: die juristische Untersuchung über Existenz derselben Schuld wiederholte sich nothwendig, der Zusatz cuius rei dies fuit in der alten Klage hatte auch nicht für diese nova gelten können, und da der Sclave immer nur ein Peculium und bei mehreren Herren doch nicht mehrfache Peculienfähigkeit hat: so blieb kein Zweifel, daß durch die alte Klage die nova consumirt sei und nur durch Restitution wieder gewonnen werden könne. Cautionen wären nicht einmal möglich gewesen: denn unter Erben de peculio actio scinditur, und ähnlich, nicht gleich, ist es bei mehreren Fructuaren, b. f. possessores, emtor und venditor und separatis peculiis. Nicht irren darf Paulus in l. 47 § 2 h. t.: hoc enim (cautio de futuro incremento) in pro socio actione locum habet quia socius universum debet. Die Caution, von der Paulus spricht, stellt der Socius, der mit der actio pro socio auf Regreß belangt wird, dem Socius, welcher de peculio in solidum belangt war und nun den Antheil des Andern zurückfordert. Von diesem Antheil sagt Paulus: universum debet; reicht das Peculium des belangten Socius nicht aus, so ist eine zweite Klage pro socio ex eadem causa nicht möglich; hier sichert die Caution.

Aus der hier gegebenen Darstellung über das commune peculium, die separata peculia u. s. w., so wie über die Formel der actio de peculio und die hieran sich knüpfende Frage über Consumption erhellt, wie wenig ich den Ausführungen bei Keller,

58) Einen ganz ähnlichen Fall im römischen Recht, s. bei Savigny, System VII. S. 77 vgl. mit S. 64 die Stellen in Note b.

Litiscont. S. 420—435. S. 546—61 beizustimmen vermag und wieweit ich den gegen Keller gerichteten Erörterungen bei Bekker, processſ. Conſ. S. 83—87. 241. 42. 310—17 Recht gebe. Sind meine Bemerkungen begründet, ſo wird manche Frage bei der Conſumption eine ganz andre Antwort als bisher finden. Doch dies zu verfolgen will ich einer beſonderen Abhandlung überlaſſen.

V.

In der bisherigen Darſtellung iſt das Peculium der klaſſiſchen Jurisprudenz im großen Ganzen gezeichnet. Ich will es kurz zuſammenfaſſen. Das Peculium hat ſein Vorbild im patrimonium, als deſſen Theil es iure gilt. Es iſt quasipatrimonium, materiell gleichen Inhalts, wie das patrimonium: Sachen, Schulden, Forderungen machen daſſelbe aus, ſo daß es nach Umſtänden ſolvend iſt oder nicht.[59] Der Unterſchied liegt nur im formellen Recht, wonach das Peculium keine Einheit (iuris intellectus) bildet, weil es Theil des väterlichen Vermögens iſt. Soweit dies formelle Recht nicht entgegenſteht, wird das Peculium aber als ein Ganzes, quasipatrimonium, jedenfalls als ein ſelbſtſtändiges Theil-Ganzes behandelt. Daher erklärt ſich die actio de peculio aus jeglichem negotium. Das Peculium entſteht wie das patrimonium, durch quaestus a patre, aliunde, durch fortuna; m. a. W. wo ein Hausſohn iſt, da gibt es ein Peculium, wie jeder paterfamilias ein patrimonium hat. Der Vermögensfähigkeit correſpondirt eine Peculienfähigkeit; hierauf, nicht auf dem Daſein eines Peculium ruht das prätoriſche Edict über die actio de peculio: quod cum eo qui in alterius potestate esset negotium gestum erit. Die Peculienfähigkeit iſt unbeſchränkt wie die Vermögensfähigkeit; und wo dieſe beſchränkt iſt, da iſt es auch jene: z. B. was non iure erworben wird, gehört nicht zum patrimonium und auch nicht zum

59) Die Solvenz an ſich iſt von Wichtigkeit bei der Frage, ob der Vater die Pönal-Klage habe, wenn dem Sohn commodirte Sachen und dgl. geſtohlen ſind, l. 52 § 9. l. 14 § 10 D. de furt. 47, 2. S. oben zu Note 36a.

Peculium. Dieser unbeschränkten Peculienfähigkeit correspondirt eine unbeschränkte Haftbarkeit des Gewalthabers; die Schranke peculio tenus erklärt sich, weil die Verpflichtung in concreto nicht weiter gehen kann, als die Berechtignng in concreto, d. h. so weit reines Peculium da ist. Aber weil der Gewalthaber unbeschränkt durch das Hauskind iure erwirbt, so haftet er im Princip auch unbeschränkt edicto patris: alles Andere ist quaestio facti. Darum enthält das Klagformular nur das negotium in der praescriptio loco demonstrationis und das patrem dare oportet in der Intentio. Die Concinnität dieses Dogmas leuchtet ein; wie es im Einzelnen sich wiederholt, erhellt aus dem Vorigen. Die geschichtliche Entwickelung auf diesem Gebiete bis Justinian interessirt uns jetzt; es genügt nur die Spitzen zu berühren.

1) Was das Hauskind in militia oder occasione militiae erwirbt, wurde zuerst ausgeschieden: aller quaestus im Kriegsdienst ist nicht mehr Peculium — in bonis parentum non computatur. Die Theorie von der väterlichen Concession widerlegt sich hier durch das positive Recht selber. Alles, was das Hauskind erwirbt et ignorante patre, ist Peculium: der Vater kann es nur einziehen, die Gläubiger können auf Verkauf antragen und brauchen nicht zu beweisen, peculium concessum esse, sondern nur ademtum non esse. Augustus nimmt dem Vater am quaestus militaris das ius adimendi und den Gläubigern das ius vendendi; diese Auffassung erhellt klar aus pr. J. quib. non est perm. 2, 12. Soweit ist also die actio de peculio beseitigt, vgl. besonders l. 18 § 4. 5. D. de castr. pec. 49, 17.

2) Durch das quasi castrense peculium ist die actio de peculio allgemeiner außer Anwendung gesetzt. Seit Constantin wurde auch mehr und mehr dem Peculienrecht entzogen, was nicht quaestus im römischen Rechtssinn ist, sondern was sine causa, ob meritum aliquod (l. 9 D. pro socio) erworben wird (donatio, legatum, hereditas), wenn auch nur beschränkt: bona materna, ex occasione maritali u. s. w. Justinian erweitert dies nach beiden Seiten, des quaestus und des Erwerbes sine causa. Alles was

ein Hauskind erwirbt quaestu d. i. laboribus suis (opera et industria) und Alles was es sine causa d. i. fortunae liberalitate erwirbt, wird nicht mehr Peculium, sondern patrimonium filii: der Vater kann nicht mehr adimere, die Gläubiger des Vaters nicht mehr vendere. Worin die Neuerung besteht, ist klar und von Justinian in pr. J. cit. und l. 6 C. de bonis quae lib. 6, 61. deutlich gesagt. Früher war Peculium Alles, was das Hauskind iure (opp. ex causa delicti), auch ohne und wider Willen des Vaters erwirbt; es bedarf keiner Concession. Jetzt gehört nach objectivem Recht nicht mehr zum Peculium: der quaestus militaris, die bona materna, lucra nuptialia, auch seit Justinian endlich jeder quaestus und jedes Emolument fortunae liberalitate ist patrimonium des Kindes. Was bleibt denn daneben als Peculium noch denkbar? Delictischer Erwerb: dieser war nie peculii gewesen. So steht es fest, daß objectivrechtlich schon zu Justinians Zeit ein Peculium nicht mehr existirte; die Peculienfähigkeit war aufgehoben und damit das Peculium. Nur nach einer Seite war noch Peculium möglich, durch Gabe des Vaters an das Kind; das geschieht freilich nur volente et concedente patre, und natürlich reicht die Concession nicht aus, sondern Tradition ist erforderlich resp. Cession. Es gibt also nur noch ein Peculium, ex patris substantia. Das ist die Neuerung auf diesem Gebiete, wodurch meine frühere Darstellung durchweg bestätigt wird; Justinian ist darüber sich klar gewesen und hat mit vollem Bewußtsein die Neuerung nicht ungebührlich ausgedehnt, l. 6 C. cit. Wie sehr nun die actio de peculio beschränkt wurde, ist klar. Aber man muß sogar fragen, war sie überhaupt denkbar? War mit der Peculienfähigkeit das Peculium aufgehoben, so fehlte für die actio de peculio alle Voraussetzung. Aber es giebt ja noch ein Peculium ex substantia patris. Was gehörte denn dazu? Nur Sachen des Vaters, allenfalls Forderungen des Vaters: nicht aber was der Vater nach seiner väterlichen Pflicht dem Kinde leisten muß. Vor der Concession giebt es nun aber kein Peculium mehr, auch nicht ex substantia patris. Die Concession ist quaestio facti

und als Rechtsakt ein negotium, ein Vertrag. Soviel ist nun unbezweifelt, daß seit Wegfall der Peculienfähigkeit aus Geschäften des Sohnes vor der Concession. (ex ante gesto) der Vater nicht haften kann: also so weit wäre die actio de peculio beseitigt. Aber doch wohl ex post gesto? Auch das verneine ich. Wer es bejahen will, müßte behaupten, daß wegen der Concession einzelner Sachen, Forderungen an den Sohn der Vater nun für dessen Schulden stehen müßte. Daß sich dies juristisch nicht rechtfertigen läßt, bedarf kaum einer Erörterung. Wie könnte der einzelnen Gabe untergeschoben werden eine allgemeine, ja nur eine beschränkte Verpflichtung? Ein specieller Akt, wie die concessio, läßt irgend welche Verpflichtung mit der actio de peculio juristisch ganz unbegreiflich. Sonach ist schon für die Zeit Justinians die actio de peculio aus Obligationen der Hauskinder sehr zu bezweifeln, weil es keine Peculienfähigkeit und kein Peculium der Hauskinder mehr gab. Das Justinianische Peculium, das nicht anders als ex substantia patris und durch specielle Concession möglich ist, kann die actio de peculio nicht mehr rechtfertigen. Es wäre das jetzt ebenso wenig concinn als ehedem begründet.

VI.

Zu Justinians Zeit war also nur das Peculium der Sclaven noch ein objectivrechtliches Verhältniß; der Sclave hatte noch iure ein quasi-patrimonium, „etiamsi nihil sit in peculio"; der allgemeinen Peculienfähigkeit entsprach noch die allgemeine Verpflichtung mit der actio de peculio, die nicht auf Concession, nicht auf das Dasein des Peculium in der Intention fundirt ist. Bei den Hauskindern dagegen war es quaestio facti, ob dieselben ein Peculium hatten; denn ohne Concession gibt es hier kein Peculium mehr. Objectivrechtlich hatten sie keines, weil die Peculienfähigkeit hier verschwunden war: der Vater hatte nicht mehr das ius adimendi, wie Justinian sagt. In dieser Sachlage haben wir das römische Recht recipirt. Gemeinrechtlich gibt es also bei uns kein

Peculium mehr; das Peculium ist in unserm gemeinen Recht als objectives Institut nicht vorhanden. Wozu der Vater nicht verpflichtet ist, das mag er dem Hauskinde concediren; und man mag das peculium (profecticium) nennen. Aber man erinnere sich, daß vor der Concession noch kein Peculium existirt; daß für jedes solches Peculiarobject, das jetzt nur eine Sache oder Forderung, nie Schuld sein kann, ein specieller Rechtsakt, die Concession eben, nachgewiesen werden muß; daß darum Peculium nichts ist als eine beliebige Reihe von Rechtsgeschäften. Ist es da nicht sogar verwirrend, den Ausdruck beizubehalten? Aber soviel erhellt, daß die Existenz eines Peculium jetzt quaestio facti ist, wie jedes andere Geschäft des Vaters. Ich sehe daher nicht ab, wie nur entfernt die actio de peculio sich rechtfertigen ließe.

In unsrer Literatur des gemeinen Rechts, wie in unsrer römischen Rechtsgeschichte sogar, ist nur das Peculium des Justinianischen Rechtes dargestellt; sodaß nun die actio de peculio unsrer Pandecten-Lehrbücher, welche die Klage der röm. Juristen ist, als ein grober Anachronismus dasteht.[60] Das Peculium Justinians und das der römischen Juristen, für welches letztere nur die actio de peculio als entsprechende Consequenz sich entwickelt hat, sind ganz verschiedene Dinge. Die deductio verträgt sich durchaus nicht mit diesem gemeinrechtlichen Peculium. Denn die deductio ist ein Ausfluß des alten ius adimendi; und Schulden und Forderungen zwischen Vater und Kind, sowie unter Geschwistern, werden h. z. T. behandelt gleich jeder anderen Obligation, wie jede Erbregulirung beweist: es gibt darum hier obligationes naturales nicht mehr. Der Vater erwirbt objectivrechtlich durch sein Kind Nichts mehr; der Usufructus kommt nicht in Betracht: nur der Eigen-

60) Vgl. z. B. Puchta, Vorlesgen. 2. Aufl. 2. Bd. S. 105. 110. — Sintenis, Civilrecht. 2. Bd. S. 376. Walter, Geschichte d. röm. R. 2. Bd. § 512. 445. Heimbach im Rechtslexicon: Peculium. — Dasselbe gilt von Duarenus, Donellus, Cuiacius; auch die Juristen des 17. und 18. Jahrhunderts, Wissenbach, Lauterbach, Leyser, Huber, Hellfeld, schieben das Justinianische Peculium der prätorischen actio de peculio unter.

thumserwerb und das Forderungsrecht ist die Voraussetzung, an welche die Pflicht der alten actio de peculio anknüpft. Das heutige Peculium kann nicht als Erwerb des Vaters durch das Kind zählen; und in dieser Isolirtheit ist die alte de pec. actio ein Unding. Mit dieser historischen Verwirrung in unsern Lehrbüchern verbindet sich eine dogmatische und systematische Ungenauigkeit. Die actio de peculio wird behandelt in einer Reihe mit der a. exercitoria und ähnlichen Klagen. Damit wird der falsche Gedanke erregt, als sei die actio de peculio eine Klage aus einem Repräsentationsverhältniß. Dem prätorischen Edict ist dies nicht beizumessen; und die römischen Juristen sind gleich fern, um des Peculiums willen das Hauskind „gewissermaßen als institor" anzusehen, wie Savigny, Obligat. II S. 28 will[61], gleich fern, die Klagformel so zu fassen „als wenn der Vater als Cognitor oder Procurator des Sohnes belangt würde", wie Keller meint. Zu diesem Gegensatz in der Anschauung Keller's und Savigny's geben die Quellen nicht den geringsten Beleg, wie aus der früheren Darstellung hervorgeht. Die römischen Juristen sagen es oft genug, daß für die actio de peculio das scire et velle des Gewalthabers völlig gleichgültig ist. Gerade hier zeigt sich die Concinnität aufs Neue: dem unbeschränkten Erwerb des Vaters durch den Sohn kraft objectiven Rechtes d. h. et ignorante patre entspricht eine unbeschränkte Verpflichtung mit der actio de peculio kraft des Edicts, d. h. wieder et ignorante patre. Der Schluß ist unvermeidlich, daß nach römischer Anschauung, weil h. z. T. das Peculium nur voluntate patris, durch Concession entsteht, auch eine Verpflichtung nur voluntate patris sich rechtfertigen läßt. Wer mag nun in der concessio den Willen sehen, „contrahire Schulden, damit bezahle ich sie, wenn auch nur soweit." Dieser juristisch grundlosen Anschauung begegnen wir doch in den heutigen Lehrbüchern, weil man auch dem

61) S. auch Zimmern, Gesch. des röm. Privatr, 1. Bd. S. 681: weil Peculium sei, „quasi patrimonium"! S. 707. — Die älteren Juristen, wie Duarenus, Donellus sind von einer solchen Anschauung frei.

klassischen Peculium einen solchen Willen implicite anhängt.[62] Ich sehe hier nur historische Verwirrung und dogmatische Confusion.

In die Particulargesetzgebung und in die Praxis ist aber das Peculium mit der actio de peculio nicht eingedrungen. Das war unmöglich, weil die väterliche Gewalt im deutschen Recht der Vermögensfähigkeit der Hauskinder noch weniger Schranken auflegt als selbst das Recht Justinians. Die Praktiker lassen denn auch in der That das Peculium fast gänzlich unberührt und sprechen nur von Adventizgut u. s. w. So z. B. Pufendorf, observv. I. p. 258—62., Leyser, medit. III. ad l. 15 D. de pec. — Lauterbach, coll. theor.-pract. ad tit. de pec. § 41 bemerkt wenigstens „haec actio hodie plus difficultatis quam utilitatis habet" und ist daneben unconsequent genug, die tributoria actio als unpraktisch abzuweisen; in den dissert. academ. vol. III. disp. 110 trägt er nur römisches Recht vor. — Stryck, usus modern. ad lib. 15, 1 D., schreibt: Ego autem de praxi forensi totius tituli dubito -- ut hinc omnino rigorem iuris Romani in desuetudinem abiisse vel numquam receptum fuisse credam. Ein falscher Grund hält ihn ab, dasselbe von der tributoria actio auszusprechen. Aehnliche falsche Gesichtspunkte sind es, die Huber, praelect. II. ad h. t. bestimmen, die Anwendbarkeit je nach Umständen zu verneinen und zu bejahen, und Hellfeld, iurisprud. for. ed. V § 895. 912 zu der Inconsequenz treiben, die Brauchbarkeit der tributoria actio theilweise zu bezweifeln und daneben doch die actio de peculio in unbeschränktem Gebrauch zu behaupten, der Art daß sogar die deductio noch Statt habe; Cocceii, ius civ. controv. h. t. uq. 16 bezweifelt den Gebrauch beider Klagen unter Umständen nicht: ihm folgt Glück, Erläut. d. Pand. XIV, welcher die Doctrin der Vorgänger ungenau referirt. Das Princip, nach welchem diese Literatur unsre Frage beantwortete, war in keinem

62) So z. B. mit nakten Worten Walter, Gesch. d. röm. R. 2. Bd. § 446. — Kaum anders Savigny, Obligationenrecht I. S. 215, der auffälliger Weise die actio de in rem verso in anderen Zusammenhang bringen will.

Fall brauchbar: man sah auf separata oeconomia! Die Wirkung der sep. oec. wurden freilich auch bestritten, und darnach fiel die Antwort wieder verschieden aus. Aber die Wirkung der sep. oec. als unbestritten vorausgesetzt, so übersah man, daß man nun nur patresfamilias und deßhalb kein Peculium hatte. Eine arge Verkehrung, da die Frage doch ein Hauskind voraussetzte und nur darauf gehen konnte, ob das Hauskind noch h. z. T. vermögensunfähig im römischen Sinne sei. Aber auch wo die Principfrage nicht so ignorirt war, glaubte man mit der Möglichkeit des Peculium in seiner verkümmerten Gestalt h. z. T. die Nothwendigkeit der actio de peculio behaupten zu müssen. Das volle Leben des römischen Peculium vergrub man meist in der dürren Frage, was zum Adventizgut gehöre was nicht: und das nur ist im Grunde der praktische Anlaß, weßhalb auch des pec. profectitium Erwähnung geschieht. Die Verkümmerung des römischen Peculium h. z. T. und die Verwirrung unsrer Literatur darüber gehen Hand in Hand. —

Die Particularrechte schweigen und sprechen sogar die Vermögensfreiheit des Kindes als gesetzliche Präsumtion aus. Die Untersuchung hierüber behalte ich einer zweiten Abhandlung vor. Wie dem auch sei, darin wird bei einiger Aufmerksamkeit Uebereinstimmung sich herausstellen, daß unser heutiges, gemein- und particularrechtliches Peculium vor der Concession nicht besteht. Unser Peculium ruht auf einem speciellen Akt, der immer nur sich wiederholt: somit ist das Peculium im Kapitel über Verträge zwischen Aeltern und Kind zu behandeln und danach zu beurtheilen d. h. das Peculium ist in ein Rechtsgeschäft aufgelöst und hat für sich objectivrechtlich keine Selbstständigkeit mehr. Schulden des Kindes an den Vater können auch nicht als negative Größen zum Peculium gehören, so daß das Deductionsrecht wegfällt. Die Clausel „si dolo factum est quominus peculii sit“ hat keinen Sinn mehr; denn der einzelne Akt, auf welchem die einzelne Gabe ruht, führt zu keiner Verpflichtung des Vaters für die Schulden des Sohnes: und nur aus dieser Verpflichtung rechtfertigte sich jene

Clausel. Das Verhältniß in Betreff des Peculium zwischen Vater und Kind ist das eines Precarium, was es nach römischem Recht trotz manchem Schein durchaus nicht war, und darnach ist Alles zu beurtheilen. Was darüber hinausgeht, ist nicht peculii: jede sonstige Schuld des Sohnes an den Vater mindert nicht, jede Forderung des Sohnes an den Vater mehrt nicht. Ein Darlehen des Vaters an den Sohn ist also nach den Regeln des Darlehens zu beurtheilen; ein in die Handlung des Sohnes z. B. eingelegtes Kapital nach den Grundsätzen der stillen Gesellschaft. Die römische Theorie führt zu entgegengesetzten Resultaten. Daß Forderungen des Sohnes an Dritte nicht mehren, ist unzweifelhaft. Das mag heute genügen; in einzelnen nachfolgenden Abhandlungen gedenke ich, manche hier angeregten Fragen weiter zu erörtern. Meine Ansicht ist: das Peculium mit seiner Klage ist aus den Lehrbüchern zu streichen und nur in die römische Rechtsgeschichte zu verweisen. — Zu diesem Resultat bekennt sich auch Savigny, Obligationenrecht II S. 52, freilich ohne speciellen Nachweis: „die Klage de peculio kann nicht mehr vorkommen."

II.

Die Diffamationsklage.

Von D. Theodor Muther.

Einleitung.

§. 1.

Die sogenannte Diffamationsklage (condictio ex L. diffamari, remedium ex L. diffamari, prouocatio ex L. diffamari) ist das Product neuerer Rechtsentwicklung. Zur Zeit der Glossatorenschule in Italien dem Bedürfniß des Verkehrs gemäß entstanden, suchten die Juristen das Rechtsmittel auf das Römische Recht (insonderheit auf C. 5 de ingenuis manumissis [7. 14]) zurückzuführen[1]; mit diesem kam es nach Deutschland und nach den übrigen europäischen Ländern, deren spätere Rechtsentwicklung auf die romanistische Doctrin der mittelalterlichen Italiener gebaut ist. In der deutschen Praxis gelangte es zu so hoher Bedeutung, daß die Reichsgesetzgebung abwehrend eingreifen mußte[2], aber selbst nachher

---

1) Vgl. Th. Muther, De origine processus prouocatorii ex L. diffamari quem uocant commentatio. Erl. 1853. 8. und außer den dort § 5 Citirten: Christian Gottlob Biener, Systema Processus iudiciarii et communis et Saxonici etc. Ed. G. A. Siebdrat et A. O. Krug. Berol. et Lips. 1834 u. 35. 8. L. IIII c. XII § 299. i. f., namentlich aber G. W. Wetzell, System des ordentl. Civilprozesses. 1. Abth. Leipz. 1854. 8. § 13 S. 63 ff. — Die Citate meiner Schrift sollen immer erfolgen unter der Chiffre *M.* mit Angabe der Seitenzahl.

2) R. A. v. 1530 § 93. K. G. Reform v. 1531 § 35. R. A. v. 1532. Art. III. § 2. Vgl. Bartolomaeus Blarer, In L. diffamari C. de ingenuis manumissis commentatio. C. 1. n. 23. H. v. Bayer, Theorie der

Bartolomäus Blarer[3] noch sagen konnte, es rage dasselbe, was die Anwendung bei den Gerichten betreffe, unter allen andern Klagen hervor, wie eine Königin unter Bettlerinnen (ut regia mulier inter plebeias). Auch später blieb das remedium von großer practischer Wichtigkeit; das bezeugen die zahlreichen Schriften und Ausführungen über dasselbe, die bei gemeinrechtlichen Juristen sich finden, sowie die Umständlichkeit, mit welcher seiner in manchen Particulargesetzgebungen gedacht ist, ja noch heutzutage möchten wenige deutsche Gerichte gefunden werden, bei welchen nicht „Diffamationsklagen" anhängig wären.[4]

---

summarischen Prozesse nach den Grundsätzen des gem. deutschen Rechts rc. 6. Aufl. München 1846. 8. § 53 S. 127. — Außer den in meiner oben (Not. 1) citirten Schrift angeführten Ausgaben des Werks von Blarer von 1579 (Basil. ex offic. Episcopiana. 8.) und 1593 (zugleich mit Contardus, Cagnolus, Oldendorp. Colon. Agripp. apud Io. Gymnicum. 8.) habe ich noch eine Ausgabe (anscheinend die erste) vom Jahr 1563 (Basil. apud Nicol. Episcopium. Fol.) kennen gelernt u benutzt. Sie führt den Titel: Bartole|maei Blare|ri Iuriscons. | in L. diffamari. C. de | ingenu. manu. commentatio | seu repetitio: amplissimum ac uerum eius u|sum, et in Imperiali Camerae iudicio, ac passim in foro dilucide proponens. | In qua plura loca utriusq. Iuris explicata: Libelli item pro hodierna fori con|suetudine uarii, ac obseruationes multae, uniuersum Iuris proces-|sum singulariter spectantes, utiliter exhi-|bentur: adiuncto Indice. (Sign. Episcop.) etc.

3) A. a. O. C. 1 n. 20.

4) Auch in Holland wurde das Remedium in der Praxis viel angewendet. Vgl. Simonis van Leeuwen IC. etc. Censura forensis theoretico-practica etc. Amstelodami 1685. Fol. P. II. l. I. c. 10 n. 20: (Remedii) usus in praxi magnus est. — Von dem Mißbrauch, der im 16. Jahrhundert überhaupt mit dem Remedium getrieben wurde, giebt auch der Spanier Franc. Sarmiento Zeugniß, der zuerst mit Energie darauf hinwies, daß das Remedium aus der L. diffamari nicht begründet werden könne, aber zu weit ging, wenn er demselben alle eigentliche practische Bedeutung absprach. Es heißt in seinen Selectarum interpretationum libri III. Francof. ad Moen. impens. Sigism. Feyerabend. 1586. Fol. L. I. c. 2: Diffamationis querelam, constitutionis istius nomine contra iuris peritos instituere nunc libet, qui hanc legem male interpretantes, praepostera quaedam iudicia inducunt: et sub huius legis clypeo defendere conantur, quae naturam et ordinem iudiciorum subuertunt et infinitas lites suscitant et non tam iustitiae, quam calumniae tradunt uias, quibus calumniosi incautos

Die Ursachen dieser häufigen Anwendung sind nicht schwer zu finden. Es ist von keinem wesentlichen Nachtheil begleitet, den Versuch zu machen, sich die günstigere Stellung des Beklagten im Hauptprozeß zu verschaffen und bequem, der nicht immer leichten Mühe, eine passende Klage zu finden und auszuarbeiten, sich, wenn auch nur vorläufig, zu entziehen. Dazu kommt, daß die ganze Lehre von der prouocatio ex L. diffamari nicht aus fest begränzten, sicheren Sätzen besteht, sondern aus Controversen. Der Advokat kann sich eine Meinung aussuchen, wie er sie gerade braucht und dabei bogenlange Sätze bringen, die aus den allergewöhnlichsten Büchern entnommene Rechtsdeductionen enthalten.

§. 2.

So wäre es denn wol wünschenswert, daß jene Controversen endlich abgeschnitten würden.

Dieß kann geschehen, indem man versucht, aus dem Sicheren und Feststehenden für die ganze Lehre einen haltbaren Boden zu gewinnen und die rechtliche Natur des Instituts zu erkennen. Denn dann lassen sich die Consequenzen ziehen und es ist möglich dadurch das Unsichere und Zweifelhafte zu entfernen. Diese Methode scheint aber gerade für unser remedium unzweckmäßig; es stehen da so wenige Sätze wirklich fest, daß sich mit ihnen kaum ein solides Fundament wird gründen lassen. So lange es zweifelhaft ist, wie die Diffamation beschaffen sein müsse, welcher eine prouocatio ad agendum folgen könne, so lange gefragt wird, ist der von dem remedium Gebrauch machende Diffamat im Diffamationsprozeß Kläger oder aber nimmt er dadurch, daß er ad agendum provocirt, schon die Stellung des Beklagten im Hauptprozeß ein, wird man nimmermehr dazu kommen, die rechtliche Natur der Diffamationsklage zu

---

homines improbe aggrediuntur, ac molestant auctoritate istius legis inique abutentes etc. — Für Italien im 16. Jahrhundert vgl. Caesar Contardus, Commentarii in L. diffamari. C. 1 init. (*M.* p. 13 Not. 23). Ueber Frankreich, Portugal und im Allg. vgl. Mittermaier, Der gem. dtsche. bürgerl. Prozeß. 4. Beitrag. 2. Aufl. Bonn 1840. 8. S. 253.

erkennen. Deshalb wollen wir versuchen vor Allem über diese Punkte eine Meinung uns zu verschaffen, möglich daß wir bei dieser Untersuchung auch der wahren rechtlichen Natur des remedium ex L. diffamari auf die Spur kommen.

A. Grundlagen.

I. Die allgemeinen Voraussetzungen der Diffamationsklage.

§. 3.

Chrstph. Martin[5] läßt das Rechtsmittel begründen durch „Verbreitung nachtheiliger Gerüchte und insbesondre durch das Berühmen von Ansprüchen an eine bestimmte Person (Diffamation)", mag nun dabei der Diffamant „eine böse Absicht gehabt, oder sich geirrt, öffentlich oder unter vier Augen diffamirt haben".[6] Linde[7] meint „die prouocatio ex L. diffamari finde statt, wenn uns der Gegner durch fortgesetztes Ausstreuen unwahrer Behauptungen — Schaden zuzufügen droht". Heffter[8] unterscheidet zwischen diffamatio criminalis und ciuilis und findet das Wesen der Letzteren darin, daß sich Jemand „eines bürgerlichen Rechtsanspruchs an einen Andern berühmt hat". v. Bayer[9] meldet: „(es) wird auch jetzt noch einstimmig gelehrt, daß die prouocatio ex L. diffamari gegen Jeden zulässig sei, welcher aus was immer für einem Grunde ein Klagrecht gegen einen Andern behauptet" und A. C. J. Schmid[10] sagt: „Es kann demnach diese Provokation gegen

5) Lehrbuch des teutschen gem. bürgerl. Processes. 12. Ausg. Hdlbrg. 1838. 8. §. 256.

6) Vgl. Vorlesungen über die Theorie des dtschn. gem. bürgerl. Prozesses gehalten auf den Universitäten Göttingen, Heidelberg u. Jena von Dr. Chr. Martin. Herausgegeben von seinem Sohne Dr. Th. Martin. Leipz. 1855 u. 57. 8. 2. Bd. §§ 255—257 S. 331 ff.

7) Lehrbuch des dtschn. gem. Civilproz. 4. Aufl. Bonn 1835. 8. § 335.

8) System des röm. u. dtschen. Prozeßrechts. 2. Ausg. Bonn 1843. 8. § 422.

9) A. a. O. § 53 S. 129.

10) Handbuch des gem. dtschn. Civilprozesses. 3. Theil. Kiel 1845. 8. § 180 S. 34 u. 35.

Jeden gebraucht werden, welcher aus irgend einem Grunde ein Klagrecht gegen einen Andern, oder die ein solches fundirenden Thatsachen, behauptet hat, gleichviel ob absichtlich oder irrthümlich, und ob der Diffamant dabei die Absicht der Geltendmachung jenes Rechts geäußert hat, oder nicht." Bei Wetzell[11] heißt es: „Unter der Diffamation aber hat die Praxis im Civilprozeß von jeher die Behauptung irgend eines klagweise gegen den Diffamirten zu verfolgenden Anspruchs verstanden, sofern dieselbe absichtlich, wenngleich nicht gegen besseres Wissen und entweder vor Dritten, oder in anderer bedrohlichen oder benachtheiligenden Weise geschehen ist."

Wir brauchen die Citate nicht zu mehren[12]: es erhellt, daß noch heutzutage die Ansichten darüber auseinandergehen, ob zur Diffamation jedes Berühmen mit Ansprüchen für ausreichend zu gelten habe, oder aber ob dabei noch auf eine gewisse Absichtlichkeit, auf einen schon eingetretenen nachtheiligen Erfolg für den Diffamaten oder doch wenigstens auf die Möglichkeit des Eintretens eines solchen schlimmen Erfolgs Rücksicht zu nehmen sei.

Zu einer sicheren Lösung dieser Fragen werden wir nur dann gelangen, wenn wir erkennen, was Gesetzgebung und Praxis angenommen haben, was dagegen bloß als theoretische Schulauffassung der Juristen zu gelten hat. Diese Untersuchung ist nicht leicht und um so schwieriger, als wir, um den Wert der Ansichten deutscher Rechtslehrer würdigen zu können, auf ihre Hauptquelle, d. h. auf die mittelalterliche italienische Doctrin zurückgehen müssen.

§. 4.

Wie schon erwähnt, verdankt unser Rechtsmittel sein Dasein der italienischen Praxis und es scheint ein konkreter Fall gewesen zu sein, bei dem es dem Bedürfniß gemäß zuerst angewendet wurde,

11) A. a. O. §. 13 S. 68 u. 69.

12) Vgl. noch die bei Wetzell a. a. O. Not. 38 Citirten u. Andere.

indem man sich auf eine mißverstandene Stelle des Justinianischen Codex stützte, um es gleichsam zu legitimiren.[13]

Azo[14], Accursius[15], Odofredus[16], Durantis[17] u. A. sprechen keineswegs den allgemeinen Satz aus, daß der Diffamirte den Diffamanten zur Klage zwingen könne, sie erzählen einen Fall und bemerken, die Entscheidung desselben lasse sich aus der L. diffamari rechtfertigen. Der Fall aber ist: Ein Scholar will von Bologna abgehen, sein Gläubiger hört das, unterläßt es jedoch schon jetzt seine Ansprüche geltend zu machen, um den Debitor erst im Moment der Abreise zu belangen und ihm so Ungelegenheiten zu verursachen. Von einer Berühmung mit Ansprüchen, von Diffamiren ist dabei zunächst noch nicht die Rede. Nur aus der breiten Erzählung des Odofredus läßt sich eine Diffamation herauslesen, wenn die leuis persona zur Magd des Scholaren sagt: „Adhuc uindicabo me de domino tuo .....: quando habebit pedem in stipodio, faciam sequestrari omnia bona sua tamquam mihi obligata" (*M.* p. 82). Allein Odofredus referirt über das Brunnengespräch lediglich, um seine Zuhörer zu ergötzen und um begreiflich zu machen, wie der Scholar von dem ihm drohenden Unheil Kunde erhält. Die Befugniß des Scholaren, die leuis persona zur Geltendmachung ihrer Ansprüche zu zwingen, wird nicht auf die Diffamation, sondern ausdrücklich auf etwas Andres zurückgeführt, indem Jener dem Richter vorstellt:

---

13) *M.* p. 36 sqq. (§§ 22 sqq.).

14) Lectura in Cod. in Tit. Vt nemo inuitus agere uel accusare cogatur (3. 7.) n. 4. (*M.* p. 70). Ibid. in L. diffamari (5) C. de ingen. manumiss. (7. 14) s. u. Seu errore (*M.* p. 72).

15) Gloss. ord. in Tit. Cod. Vt nemo inuitus etc. (*M.* p. 76) u. Gloss. ord. in L. diffamari s. u. Sententiam (*M.* p. 78). Vgl. dazu v. Bayer a. a. O. § 53, Not. 3, S. 126. Andere hierher einschlagende Stellen der Glosse s. bei Adolph Martin: „Ueber den Begriff und die Begründung der sg. Prouocatio ex lege: si contendat" im Magazin für den gemein. teutsch. bürgerl. Prozeß, hrsg. v. Chr. Martin u. G. F. Walch. I. 3. Heidelb. 1829. 8. S. 261 ff.

16) In Tit. Cod. Vt nemo inuitus etc. (*M.* p. 81).

17) Specul. Lib. I. part. 2 de actore § 1 nu. 84 (*M.* p. 83).

Propter malitiam suam artandam potestis ei assignare diem, infra quem, si uult agere contra me, agat; et postea non (*M.* p. 82).

Aehnlich heißt es bei Azo:

Et posset hic quaeri, si Bononiensis fraude et dolo noluerit aliquem scholarem conuenire dum fuerit praesens, sed dum uult recedere et tenebit pedem in stapete: utrum, si scholaris ueniat ad iudicem et dicat hoc, sibi possit ei iudex tempus statuere intra quod agat? (*M.* p. 70);
— Cum Bononiensis non uult conuenire scholarem donec recedat et habet pedem in stapete, potest dicere tunc praesidi: Domine uideatis eius malitiam etc. (*M.* p. 72).

Die beiden angezogenen Stellen des Azo sind aus der Lectura in Codicem.[18] Nicht der vielerzählte Fall, wol aber das Prinzip, welches man in jener alten Zeit rücksichtlich des Zwangs zur Klage befolgte, findet sich in einer Stelle der Summa in Codicem zum Titel: Vt nemo inuitus agere uel accusare cogatur:

Solet fieri quaestio, an iudex possit praecipere, ut agat[19] usque ad quinquennium et si non egerit, se postea non auditurum? Et est argumentum in hac Lege: quod non et ff. de pignorib. L. Creditor. Sed melius est, ut causa cognita id possit statuere: scilicet si actor uideatur calumniose uelle uexare reum tali scilicet tempore, quo non esset reo opportunum respondere ut ff. de ing. manum. L. diffamari etc. (*M.* p. 74).

---

18) S. die Citate oben Note 14.

19) Zwischen agat und usque haben mehrere Ausgaben z. B. Lugd. ap. Frellaeos 1540. 4. u. Lugd. in offic. Franc. Fabri Lugdun. et Jacobi Stoer 1596. 4.: si uelit. In Andern fehlen diese Worte z. B. Basil. per Jo. Hernagium. 1563. 4.

Aehnlich sagt Heinr. v. Susa (Hostiensis):[20]

Sed numquid iudex potest praefigere terminum actori intra quem agat, si uoluerit, alioquin postea non audietur? Non uidetur, quia in potestate sua est, quando agat. C. ut nemo inuit. etc., et ideo cogi non potest, ar. C. de pig. cred. Item actio certo tempore limitata est, et sic habet actor certum tempus a iure, ergo priuatus auferre non potest, ut in auth. de nup. § quid de augmentis etc. Contra, credo, scil. quod ex causa possit arctari tempus legis per iudicem. Quid enim si ciuis exspectat, quo usque scholaris sit in progressu recessus sui et quando uult ascendere equum, citat ipsum calumniose, ut scholaris redimat se, qui nullatenus remanare potest, cum necessitas cogat ipsum, et expensae graues immineant, et omnia sint parata: ideo credo quod ex tali causa, uel quacunque iusta potest iudex arctare tempus, ut dixi, arg. C. de inge. et ma. L. diffamari etc. nec obstant iura supra in contrarium allegata, quia intellegenda sunt quoad partes, scil. quando iudex non arctat, uel hoc facit sine causa. Sed nec iudex priuatus est, nec obstat etc.

An anderer Stelle kommt Heinr. v. Susa auf denselben Gegenstand zurück und zählt nach dem Referat des Joannes Andreä[21] 17 Fälle auf, in welchen ein Zwang zur Klage stattfindet.

---

20) Henrici a Segusio Cardinalis | Hostiensis | Aurea Summa, | Nicolai Superantii nouis atque eru|ditis Adnotationibus et quibusdam excerptis | ex summa celeberrimi I. V. D. | Francisci Martini Abbatis (ut ferunt) | contemporanei Azonis et Accursii, illustrata: | etc. Coloniae. Sumptibus Lazari Zetzneri Bibliopolae. 1612. Fol. Lib. II. De libelli oblatione. III. Rubrica N. 11 (pag. 419).

21) Zu cap. frequens (1) § solet (1) in VIto de restitutione spoliatorum (2. 6). Nach der Ausgabe des Sextus Decretalium liber. Lugd. 1572. Fol.

Es sind das die Fälle, die zum großen Theil auch die Glosse[22] erwähnt und die nicht hierher gehören, indem nicht von einem durch richterliche Auflage eintretenden Zwang zur Klage, sondern von solchen Fällen die Rede, wo das Unterlassen oder Verzögern der Klaganstellung von selbst einen rechtlichen oder andern Nachtheil mit sich bringt. Uns interessirt nur der 17. Fall:

> cum actor malitiose tardat reum conuenire, pone in scholari...., quem conuenire intendit actor, cum paratus fuerit ad recessum, ut sic se redimat.... Hoc ergo praecaueri debet.... Ad instantiam ergo scholaris bonus iudex assignabit terminum ciui intra quem agat: et post quem ciuem illum non audiet. argu. hic. et L. diffamari quam alleg. gloss. etc.

In gleicher Weise führt noch der Franzose Joannes Faber[23] an, daß der Zwang zur Klage nur eintreten könne

> causa cognita, uidelicet facta informatione de malitia, alias non,

wobei bemerkenswert ist, daß ausdrücklich gesagt wird, die L. diffamari handle zwar von einer quaestio status,

> tamen glossa uidetur eam intellegere et Doctores plene intellegunt in omni actione.

Es ist ersichtlich, die Aufforderung zur Klage wird überall nur zugelassen:

1) Wenn dem Provokaten ein Nachtheil droht;
2) Wenn dieser Nachtheil vom Gegner malitia, fraude oder dolo beabsichtigt ist.

Der Zwang zur Klage tritt also nur ein, um den dolus zu bestrafen und den üblen Wirkungen desselben vorzubeugen. Der beabsichtigte Nachtheil braucht nicht hervortretend ein pecuniärer zu sein, es genügt eine voraussichtlich eintretende Unannehmlichkeit oder Unbequemlichkeit, die aber, wie in dem gebrauchten Normal-Beispiel

---

22) In tit. C. Vt nemo inuitus (*M.* p. 76).
23) In L. diffamari (*M.* p. 85).

des abreisenden Scholaren, mit pecuniären Opfern verbunden ist. Daher ist das Rechtsmittel wirklich ein solches, welches für einen Fall Aushülfe gewährte, für welchen das Römische Recht keine Bestimmung hatte. Es diente zur „Abwendung künftiger Verletzungen" und zwar nicht hervortretend pecuniärer und solcher Verletzungen, welche, wenn sie eingetreten wären, ein Klagrecht des Verletzten gegen den Verletzer begründen würden.

§. 5.

In seinen Ursprüngen ist also das remedium sehr naturwüchsig, einfach und mit ziemlich genau erkennbaren Grenzen umschrieben. Freilich scheinen schon früh und namentlich weit früher, als der zuletzt von uns angezogene Autor schrieb, jene Grenzmarken hie und da verrückt oder verwischt worden zu sein. Der Erste, bei welchem wir eine derartige Aenderung gewahren, ist Innocentius IIII. Bei ihm heißt es[24]:

> C. ut nemo inui. agere uel ac. L. 1. Solum illud regulare est. et est argum. ad hoc C. de pigno. creditor. Sed licet ita debeat facere, causa cognita potest statuere, ut intra certum tempus agat actor. Alioquin ulterius non audietur, et hoc maxime tunc, scilicet, quando uidet iudex, actorem exspectare tempus agendi, quo reus probationibus careat; uel alicuius famam, uel statum grauari. C. de ingenu. man. diffamari. etc.

Der erste Fall (quando uidet iudex actorem exspectare tempus agendi etc.) paßt offenbar zu dem, was wir bisher von dem remedium kennen lernten: der Kläger verschiebt es arglistig zu klagen, um dem Beklagten einen Nachtheil zu verursachen. Die beiden andern Fälle aber (quando uidet iudex — alicuius famam, uel statum grauari) setzen offenbar keine solche arglistige Verzö-

24) Commentaria | Innocentii | Quarti Pont. | Maximi super libros| quinque Decre|talium. Etc. Francofurti ad Moenum. 1570. Fol. (Sigism. Feyerabend). Comm. in cap. Lator (5) X. qui filii sint legitimi (4. 17).

gerung der Klage voraus, sondern die einzige Bedingung für die Auflage zur Klage ist eine Beschwerung des guten Rufs oder des Status. Offenbar ist es nur die Lex diffamari, welche Innocenz bewog, so zu schreiben, und es zeigt sich nun schon, wie jene Stelle, welche man anfänglich lediglich benutzte, um für den Zwang zur Klage, welchen die Praxis ausübte und die Theorie anerkannte, ein Citat aus dem Corpus iuris zu geben, jetzt nunmehr umgekehrt dazu angewendet wird, um daraus Bedingungen und Voraussetzungen für das Eintreten eines Zwangs zur Klage zu entwickeln.

Bisher lag der Nachdruck auf dem chikanösen Willen, zum Nachtheil des Gegners die Klage zu verschieben. Es verstand sich dabei von selbst, daß jene chikanöse Gesinnung irgendwie manifestirt sein mußte, denn cogitationis poenam nemo patitur. Aber von eigentlicher Diffamation ist nirgends die Rede, das remedium in seiner alten Gestalt kann ebensowol benutzt werden, wenn Jemanden aus der Klagverzögerung der (beabsichtigte) Verlust von Einreden droht, als da wo sich Jemand berühmt hat, er wolle seine Ansprüche in einem Moment geltend machen, wo es dem Beklagten recht unangenehm sein werde. Innocenz aber läßt den Nachdruck, der auf jene chikanöse Gesinnung gelegt wurde, fallen; nach ihm kann der Richter den Berechtigten zur Klage zwingen, sobald der gute Ruf des Gegners leidet. Mit diesem Satz sind wir schon mitten in der Lehre von der eigentlichen Diffamationsklage. Denn sobald sich Jemand mit einer Forderung berühmt, kann dadurch der gute Ruf des Diffamaten leiden und nach der Lehre von Innocenz ist dann das remedium begründet. Hieraus erklärt sich die Entscheidung von Innocenz zu cap. conquerente (16) X. de off. iud. ordinar. (1. 31):

> Dic etiam in hoc loco recte implorari a monasterio officium iudicis. Nam cum gladium in manu gestet episcopus, scilicet excommunicationis .... et possit timere, ne iniuste eum excommunicet. Item quia eum diffamat asserendo in quibusdam iuribus sibi

debitorem, ideo recte petit, quod cesset ab hac diffamatione, sed iudex dabit episcopo tempus, intra quod doceat de iure suo, alias iubebit eum cessare a diffamatione. C. de inge. man. diffamari etc.[25]

In derselben Weise, wie bei Innocenz IIII., brachte der Zusammenhang, in welchen man das Rechtsmittel mit der Lex diffamari gesetzt hatte, indem man diese als eine Hauptstelle ansah, aus welcher man darthun zu können glaubte, daß im Römischen Recht unter Umständen ein Zwang zur Klage eintrete, auch bei den späteren Italienern die Erscheinung hervor, daß man auf das Offenbaren der chikanösen Absicht (das Diffamiren) ein Hauptgewicht legte, ja endlich die Absicht selbst mehr oder weniger außer Acht ließ und so zu dem Begriff des einfachen Berühmens mit einem Anspruch gelangte. Auf der andern Seite aber sah man doch ein, daß in dem Fall des Scholaren die Berühmung mit Ansprüchen sehr untergeordneter Natur sei. Deßhalb vermengte man ihn nicht geradezu mit dem aus Diffamation entstehenden Zwang zur Klage, sondern faßte ihn als etwas Eigenthümliches auf. Nach und nach aber ließ man auch hier das Requisit des irgendwie offenbarten bösen Willens des zur Klage zu Zwingenden fahren und langte so schließlich bei den Generalprovokationen an, mit denen jeder abgehende Student seine sämmtlichen Creditoren auffordern lassen konnte, bis zu einem bestimmten Termin, ihre Ansprüche gegen ihn geltend zu machen.[26]

Schon Durantis[27] beruft sich rücksichtlich der Citation des den Scholaren bei der Abreise aufhalten Wollenden nicht mehr auf die L. diffamari, obgleich er bei Gelegenheit des in Ausnahmsfällen eintretenden Zwangs zur Klage — wofür unsere Lex beispiels-

---

25) Vgl. noch Innocent. IIII. in c. 1 X. de confirm. utili uel inutili (2. 30) n. 2.

26) Darüber vergleiche *M.* p. 46 sqq.

27) L. l. s. oben Note 17.

weise citirt wird — auf jenen Fall kommt. In einer andern Stelle[28] aber heißt es bei ihm:

> Vltimo nota, quod si tibi denunciaui, ne talem fundum a tali emeres, quia suus non est, probante me, quia meus sit, eum cum fructibus recuperabo.... 26. Sed numquid idem erit, si denunciaui alicui, ne uendat rem aliquam: puta equum uel bouem, ut postea uendens dicatur dolo desiisse possidere? Dicunt quidam, quod non. Alii contra .... nam et alias punitur denunciationem spernans. Eo enim ipso quod sibi nunciaui, uidetur ius suum uacillare .... et per consequens dolo malo desiisse possidere. † Qualiter ergo sibi consuletur? Respondeo: iudex statuat mihi tempus, intra quod rem uendicem: intra quod ueniens audiar, postea non .... C. de inge. man. diffam. † Potest et aliter consuli ei. Nam si post nunciationem uendiderit et statim dicit mihi, paratus sum defendere causam, ut cognoscatur, si res mea, uel tua, denunciatio non impedit uenditionem, si nolim agere causam .... † Item si propter denunciationem meam damnificatus est, quia nullus uult emere, de dolo teneor uel saltem aget contra me actione in factum, uel si propter rem, uel personam meam non possit contra me agi de dolo....

Der Denunciant macht mittelst der Denunciation ein dingliches Recht geltend. Darauf hin kann der Denunciat zur Klaganstellung provociren. Daß dabei dem Denunciaten ein Nachtheil drohe, darf wohl vorausgesetzt werden, keineswegs wird aber irgend eine chikanöse Absicht oder ein Dolus des Denuncianten erfordert. Daraus, daß später gesagt wird, es könne dem Denunciaten auch eine actio doli oder actio in factum zustehen, darf nicht

28) Specul. L. III part. 3. Rubr. De rescindendis uenditionibus (§ Nunc dicendum est) No. 24 sqq. (Editionis Francof. Sumptib. hered. A. Wecheli & Io. Gymnici. 1592. Fol. p. 239).

geschlossen werden, Durantis erfordere auch für das remedium das Bewußtsein des Unrechts von Seite Denuncianten, denn nur für den Fall, daß dieses Bewußtsein des Unrechts existire, läßt er die actio doli concurriren.[29]

Jedenfalls möchte so viel feststehen, daß Durantis einen Unterschied macht zwischen dem Fall des Scholaren und demjenigen, wo Jemand sich mit Ansprüchen einem Andern gegenüber berühmt hat.

§. 6.

Diese Unterscheidung tritt bei späteren Juristen noch deutlicher hervor. Bartolus erwähnt zwar den Fall des Scholaren nicht ausdrücklich, er sagt aber[30], auf die Glosse sich berufend, daß der Richter einen Termin zur accusatio oder actio setzen könne „ex causa quacunque". Weiter heißt es bei ihm[31]:

> Est autem iusta causa statuendi terminum, si uadis tu me infamando, quod me accusabis de tali crimine, uel petes talem possessionem: tunc est iusta causa statuendi terminum tibi, intra quem accusare possis, alias non audieris. L. diffamari C. de ingen. manum. Et hic dum dicit arguere minaretur. etc.

Für seinen Ausspruch beruft sich Bartolus namentlich auf den Commentar von Innocenz IIII. zu dem cap. 16 X. de offic. iud. ordin. (1. 31). Dann aber fährt er fort:

> Item sunt aliae causae, ut not. in L. 1 C. ut nemo inuit.

Die schon in der Glosse erwähnten Fälle des eintretenden Zwangs zu Klage, darunter desjenigen von dem Scholaris, will also Bartolus nicht nochmals aufzählen. Nur der Lehre des Innocenz IIII. thut er besonders Erwähnung. Wir haben daher wol Ursache anzunehmen, Innocenz sei es vorzüglich und vielleicht zuerst gewesen, durch dessen Thätigkeit ein Anstoß zur Weiterentwicklung des reme-

29) A. M. Wetzell a. a. O. § 13. Not. 35 (S. 69).

30) In Tit. Cod. Vt nemo inuitus (*M.* p. 92).

31) In L. Titia (18) ff. de accusationib. et inscriptionib. (48. 2) n. 8. (*M.* p. 92).

dium gegeben worden. Wie weit aber die auf Innocenz gebaute Lehre des Bartolus sich schon von dem alten Dogma entfernt hat, ergiebt sich aus einer Vergleichung mit Joannes Faber. Dieser[32], obwol er auch schon die obenerwähnte Stelle von Innocenz citirt, legt noch besonderes Gewicht darauf, daß der Klagauflage eine „informatio de malitia" vorangehen müsse. Bartolus dagegen behauptet nach Ricardus Malumbra, daß wol eine causae cognitio nötig sei, indessen fügt er bei, genüge als „iusta causa statuendi terminum" das Ausstreuen der Behauptung, man werde accusiren oder klagen. Dabei scheint Bartolus die Berühmung mit einer Criminalanklage oder einer Besitz- (resp. dinglichen) Klage lediglich als Beispiele einer Diffamation anführen und nicht etwa den eintretenden Zwang zur Klage auf Berühmungen mit solchen Klagen beschränken zu wollen, da er an anderer Stelle[33] ganz allgemein sagt:

> Actor non potest cogi agere, sed ex causa potest sibi statui tempus intra quod agat, ut postea non audiatur,

und[34]:

> — iudex potest statuere terminum ipsi actori ad agendum, quo elapso de caetero non audiatur etc.

Uebrigens wird auch nirgends etwas erwähnt, von dem früher so streng festgehaltenen Requisit eines dem Provokanten drohenden Nachtheils.

Eine tiefere Begründung seiner Ansicht versucht Bartolus nicht. Er begnügt sich damit die Gesetzesstellen mißzuverstehen, sich auf die Auctorität der Glosse oder anderer Größen zu berufen und im unwidersprechlichen Cathederorakelton seine Lehren zu verkündigen. —

§. 7.

Anders Baldus, der das Bestreben zeigt, auf die Quellen zurückzugehen, das remedium zu beschränken und da, wo er es zu-

32) In L. diffamari s. u. temperari praecipiet (*M.* p. 85).
33) In L. pupillus (4) C. de usur. pupillarib. (5. 56) (*M.* p. 92).
34) In L. si is apud quem (2) C. de edendo (2. 1) (*M.* p. 93).

läßt, innerlich zu begründen. Ein sonderbares Spiel des Zufalls hat es gewollt, daß die Absicht des Baldus, das remedium mit engeren Gränzlinien zu umschreiben, nicht nur durchgängig verkannt wurde, sondern, daß gerade auf seine Autorität hin, jene maaßlosen Behauptungen aufgestellt worden, die zu den Mißbräuchen führten, welche so häufig beklagt sind.

So oft auch Baldus von dem remedium gesprochen hat, so sind es doch nur wenige Sätze, die spätere Schriftsteller beachtet haben, ohne zu bedenken, daß diese Sätze einen ganz anderen Sinn bekommen, wenn man sie zusammenhält mit dem, was Baldus sonst von dem remedium dachte. Jene Sätze die man oft angezogen findet und die, wie wir sehen werden eine traurige Rolle in der Geschichte der Diffamationsklage spielen, sind:

1) In L. diffamari N. 6. (*M.* p. 97):

Solum nemo inuitus compellitur agere, nisi se adstrinxerit ad agendum expresse uel tacite. Sed ille qui diffamat, adstringit se tacite ad agendum, quia diffamare est ad iudicium prouocare.

2) Ibid. N. 9. (*M.* p. 99):

Sed respondeo, quod diffamare est ad iudicium prouocare: et ideo reus iam est prouocatus ad causam: et sic non obtinet contrarium.

Man versteht diese Aussprüche gemeiniglich so, als ob Baldus dabei an alle Arten von Diffamation, an Berühmung mit dinglichen und persönlichen Civilklagen, sowie auch Criminalanklagen denke. Daß dem nicht so sein könne, geht aber aus andern Stellen des Baldus mit Evidenz hervor.

Zunächst betrachten wir den Commentar zum Tit. Cod. Vt nemo inuitus (3. 7):

Inuitus) Nota, quod in potestate actoris est, an agat nec potest ad agendum compelli. Fallit ratione diffamationis, nam si aliquis diffamat aliquem de statu, uel de alie iure personae, potest sibi terminus assignari ad agendum ut Î. de ingen.

manum. L. diffamari .... Item fallit quum reus est de necessario recessurus, puta scholaris est recessurus, quia est finitum stipendium, uel potestas est discessurus, quia est finitum officium. Potest enim assignari terminus cuicunque uolenti agere, quod agat intra talem diem et postea non audietur .... (*M.* p. 95).

Baldus unterscheidet wol zwischen dem remedium wie es schon die älteren Juristen zuließen: dem Fall des Scholaris 2c. — obwol auch in dieser Beziehung Veränderungen eingetreten sind[35] — und der prouocatio ad agendum auf Grund der Diffamation, für welche allein die L. diffamari citirt wird. Aber diese letztere Provocation läßt Baldus nur zu bei einer diffamatio „de statu, uel de alio iure personae", also bei Berühmung mit Status- und Personen-Rechten, indem er offenbar damit sich mehr dem Inhalt der L. diffamari anzuschließen glaubt.

Weitere Aufschlüsse über die Ansicht des Baldus erhalten wir durch seinen Commentar zur L. si ea (7) C. de iis qui accusare non possunt (9. 1):

8) Oppono et uidetur, quod iudex non possit arctare accusatorem ad terminum, unde uidetur obstare. S. ut nemo inuitus L. un. Solum ibi loquitur in eo, qui numquam adiuerat iudicem; hinc est, quod non potest statui terminus ad accusandum ....; hic in eo, qui adiuit iudicem solenniter afferendo libellum. Nam semel iudex aditus, acquirit ius procedendi; item si iudex non est aditus per libellum, tamen coram eo esset reus diffamatus, quia reo instante statuitur diffamanti terminus ad accusandum ....

9) Nota quod ubi actor prouocauit ad iudicium, tunc iudex causae assignare ei potest terminum, aut non prouocauit, et tunc non potest. Fallit hoc propter

35) Nämlich die Generalprovokationen (cridae et proclamationes: „ut malitiis hominum obuietur") an die Baldus wol auch hier denkt. Vgl. **Baldus** in L. diffamari Nro. 9 (*M.* p. 98. 96).

diffamationem, uel accusationem, ut L. diffamari de ingen. manum. Illa L. loquitur in causa status. Nam si aliquis est in possessione existentiae sui iuris et diffamatur, uidetur in sua possessione turbari et ideo turbanti assignatur terminus ad agendum, quo elapso imponitur sibi silentium.... Alias non credo, quod diffamans cogatur indirecte ad accusandum, imo potest dicere: „nolo accusare adhuc, sed accusabo cum uolam"..., nisi diffametur in iudicio (*M.* p. 100. 101).

Unser Autor läßt eine Provokation zur Criminalanklage zu, wenn die Diffamation coram iudice geschehen ist; außerdem aber eine prouocatio ad agendum, wenn die Diffamation ein Statusverhältniß betrifft, indem er dann die Diffamation als Störung im Besitz auffaßt. Wirft Jemand dem Andern ein Verbrechen vor coram iudice, so ist das eine prouocatio ad iudicium, also ebenso gut wie eine Klage, meint Baldus, und wenn auch kein förmlicher Accusationslibell eingebracht ist, so gilt doch der Satz: iudex aditus acquirit ius procedendi. Anders bei außergerichtlicher Berühmung mit einem Civilanspruch. Da ist nach der L. diffamari zunächst nur, wenn es sich um Statusrechte handelt, das remedium zulässig und zwar weil in der Diffamation, sobald der Diffamat „in possessione existentiae sui iuris" ist, eine Besitzstörung liegt. Wegen der Besitzstörung aber kann der Richter nach der damals eben herrschend gewordenen Lehre sogar ohne Antrag einer Partei einschreiten[36], um so viel mehr also, wenn ein Theil auf gerichtliche Verhandlung der Sache anträgt.

Am deutlichsten tritt die Ansicht des Baldus über das remedium hervor in der Margarita ad Innocentium s. u. silentium[37]:

---

36) Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tübing. 1848. 8. S. 232 ff. 261. *M.* p. 43.

37) Baldi de Vbaldis Margarita in Commentar. Innocentii IIII. P. M. in libros V Decretalium, Indicis locum tenens. 1570. Francof. ad Moen. Fol. (H. Feyerabend).

Silentium numquam imponitur silenti, sed uexanti: hinc est, quod si habeo debitorem et nihil ei dico, non potest petere, ut mihi silentium imponatur, nec potest petere, quod mihi terminus assignetur ad probandum uel ad agendum, ut L. 1 C. ut ne. inui. age. uel acc. cog. Sed si infamo delatorem si quidem de statu, ipse potest petere et implorare officium iudicis loco defensionis et loco deficientis actionis, secund. L. diffamari C. de inge. manu., quia diffamatio affert periculum diffamato, cum hoc ipso diffamans se gerat pro domino. Si uero diffamo de crimine, et tunc aut in iudicio aliquem diffamo, et debet mihi terminus assignari ad agendum. ff. de act. L. cum Titia et L. si ea C. qui acc. non poss. et c. licet de accus. et ff. de fal. L. Athaletus, aut extra iudicium et non in faciem iudicis, et tunc istud officium iudicis mercenarium non pertinet ad iudicem. Sed ego infamans teneor actione iniuriarum, ut ff. de iniur. L. item apud Labeonem § quod in coetu et tunc priuatum est crimen iniuriarum, nisi in famoso libello. ff. de iniur. L. lex Cornelia § fi. Nulla tamen lege cauetur, quod haec sit sententia falsi, imo nec L. renuit ff. ad turpil. l. quaesitum. Quandocunque tamen ex uerbis diffamatoriis oritur controuersia possessionis et tunc agi potest. ff. de lib. leg. l. Aurelius § centum in gl.

Halten wir mit den letzten Worten noch zusammen den Commentar zur Auth. ad haec C. de usuris (4. 32):

quaero, si ego diffamo aliquem, quod tenet aliquid meum contra conscientiam, numquid ille possit mihi facere praefigi terminum ad denunciandum? Et dico, quod sic (*M.* p. 95)

und zur L. si super possession. (9) C. de transactionib. (2. 4):

> Extra nota, quod ille, qui timuit, uim sibi fieri in possessione, potest implorare officium praetoris, ne uis fiat ei (*M.* p. 94),

so erkennen wir, daß Baldus den Zwang zur Klage zuläßt:

1) Bei Berühmungen mit Statusklagen über die Freiheit (cum — diffamans se gerat pro domino).
2) Bei Berühmungen mit Criminalanklagen, wenn solche vor dem Richter geschehen sind. Außergerichtliche Diffamationen dieser Art begründen nur die actio iniuriarum.
3) Bei Berühmungen mit Ansprüchen die eine Negation des jetzigen Besitzstandes involviren, also nach der damaligen Doctrin als Störungen des Besitzes selbst gelten können.

Daraus erhellt, daß Baldus überall, wo ein Berühmen mit Forderungsklagen stattfindet, das remedium ausschließt und dazu paßt, daß bei ihm, wie bei manchen Späteren, die Beispiele, welche angeführt werden, lediglich auf Status- und dingliche Klagen sich beziehen. Ferner aber wird klar, daß die oben angeführten allgemein lautenden Stellen aus dem Commentar zur L. diffamari unmöglich in der Allgemeinheit verstanden werden dürfen, in der sie gewöhnlich verstanden werden. Zunächst läßt sich nun aus dem fragl. Commentar selbst nachweisen, daß Baldus dort überall nur an eine Berühmung mit Statusklagen denkt. So heißt es im Eingang: Diffamanti alienum statum terminus assignatur etc., ferner aber: Numquid iudex pronunciauit, diffamatum esse liberum? Respondeo non, quia non probauit de libertate sua etc. Dann aber läßt sich auch darthun, daß Baldus annahm, die L. diffamari spreche von einer gerichtlichen Diffamation. Es heißt im Commentar zur L. diffamari n. 1[38]:

> Nota quod interdum quis aliquem diffamat errore, interdum dolo, et diffamare est uel in uulgo praedicare uel coram iudice diffamare, etiam non in figura iudicii, ut hic, quod est notatum ad statutum Perusinum,

38) Nach der bei *M.* p. 93 Not. 221 citirten Ausgabe.

quod loquitur de diffamantibus aliquem: textus tamen uidetur dicere, quod et in coetu uidetur quis infamari, dum tamen infamandi causa dicatur, et si coram paucis quis diffametur, ut ff. de ini. (47. 10) l. item apud (15) § ex his apparet (11).

Baldus zählt die verschiedenen Arten der Diffamation auf und bemerkt nach dem Statut seiner Vaterstadt Perugia — das wir leider nicht haben einsehen können — liege in der L. diffamari eine gerichtliche Diffamation vor. Vielleicht haben die Worte des angeführten Gesetzes: „diu praesidem unum atque alterum interpellatum a te uocitasse diuersam partem" etc. zu diesem Irrthum Veranlassung gegeben. Jedenfalls darf man sich aber nicht durch die letzten Worte des Baldus: „textus tamen uidetur" etc. irre machen lassen, denn dieses textus bezieht sich nicht auf die L. diffamari, sondern unser Autor, in seiner Auseinandersetzung über Diffamation im Allg. fortfahrend, sagt: ein Text, nämlich die später citirte L. item apud etc. scheint zu sagen, daß eine Diffamation auch anders stattfinden könne, ohne daß aber dabei behauptet wird, auch in solchem Fall sei ein Zwang zur Klage zulässig.

Wenn nun Baldus im Verlauf seiner weiteren Erklärung der L. diffamari, resp. der Glosse zu diesem Text, allgemein lautende Sätze bringt, wie diffamare est ad iudicium prouocare, so sind diese doch nur auf diejenige Art der Diffamation, welche Baldus in der L. diffamari erkennt, zu beziehen, also auf Berühmungen mit Statusklagen, die, was die Hauptsache ist, vor dem Richter geschehen sind. Wenn Baldus anderwärts auch bei außergerichtlicher Berühmung mit Statusklagen das remedium zuläßt, so liegt darin kein Widerspruch; er kann immer meinen, die L. diffamari handle von einer gerichtlichen Diffamation und zugeben, daß auch bei außergerichtlicher Berühmung mit Statusklagen das remedium anwendbar sei, besonders da er annimmt, in der Diffamation liege eine Störung des Besitzstandes. Es ist sehr erklärlich und wird unten noch weiter ausgeführt werden, wie Bal-

dus in einer gerichtlichen Diffamation ein ad iudicium prouocare erkennen konnte. Hier aber ist namentlich noch zu bemerken, daß Alles was Baldus über die Zulässigkeit des Zwangs zur Klage im Fall der Diffamation sagt, den Charakter einfacher wissenschaftlicher Ansichten trägt. Nirgends findet sich eine Berufung auf Sitte und Uebung — wie dieß z. B. der Fall ist rücksichtlich der cridae und proclamationes beim Abgang des Scholaris —, vielmehr werden Ausdrücke gebraucht, wie alias non credo, quod diffamans cogatur indirecte ad accusandum etc. ein Zeichen, daß Baldus lediglich die Absicht hatte, seine subjective wissenschaftliche Meinung über ein vielleicht zu jener Zeit vielbesprochenes und vielbestrittenes Thema auszusprechen.

§. 8.

Das Schicksal großer Rechtslehrer ist es häufig, daß sie mißverstanden und auf ihre Autorität hin Dinge behauptet werden, die sie sich wol gehütet hätten, vorzubringen. Schon Angelus Aretinus hat die oben beleuchteten Sätze des Baldus in ganz anderem Sinn aufgefaßt, als der Autor und bis in die neueste Zeit ist man ihm hierin gefolgt. Angelus Aretinus scheidet noch richtig zwischen dem Fall des Scholaren und der prouocatio wegen Diffamation[39]:

> Ex quibus nota, quod numquam iudex potest talem terminum assignare alicui, nisi causa prius cognita: utputa, quod scholaris sit de proximo recessurus uel quod Titius uadit me diffamando (*M.* p. 115).

Bei dem Scholaren und in ähnlichen Fällen freilich ist man zu den Generalprovokationen gekommen „ut obuietur malitiis hominum" — vgl. dazu noch Nicolaus Tudeschi zu cap. cum in tua (6) X qui matr. acc. poss. (4, 18) i. f. (*M.* p. 111) —; von der Diffamation dagegen bemerkt unser Autor:

Ac etiam potest quis compelli ad agendum uel accu-

39) In Tit. Institutt. de exceptionib. (4. 13) (*M.* p. 112 sqq.).

sandum: si uadit diffamando me de aliquo delicto, uel dicendo, quod habet ius in quodam fundo meo: et quod loco et tempore intendit a me petere: tunc tali casu etiam possum accedere ad iudicem, ut statuat dictum terminum, intra quem agat uel me accuset. Hoc etiam tenet Innocentius in c. conquerente etc. Ratio: quia me diffamare est me ad iudicium tacite prouocare, ut est text. in dicta L. diffamari (*M.* p. 115).

Wir sehen zwar hier die Einschränkungen des Baldus noch einigermaßen beobachtet, es wird bloß von Berühmungen mit dinglichen Klagen und Accusationen geredet, aber der Satz diffamare est me ad iudicium prouocare wird nicht mehr bloß auf gerichtliche Diffamation bezogen, das zeigt sich deutlich in den Worten:

Aduertas, quod satis est probari praedictam diffamationem uel uociferationem, quod coram me Titius dixerit, uel etiam coram paucis. . . . Ex hoc apparet, quod etiam coram iudice tantummodo existenti, etiam non in figura iudicii, iste est text. in dict. L. diffamari in pr.

Die Ansicht des Baldus ist gleichsam herumgedreht. Baldus meint, die L. diffamari rede von einer Diffamation coram iudice, obwol non in figura iudicii, d. h. obwol ohne förmliches Gerichtsverfahren.[40] Hier wird aus den allgemeinen Sätzen des Baldus, die sich gar nicht auf eine das remedium begründende Diffamation beziehen, gefolgert, daß die L. diffamari auch von einer coram iudice tantummodo — existenti etiam non in figura iudicii geschehenen Diffamation verstanden werden könne.

Daß nun nirgends mehr behauptet wird, die Diffamation müsse von Seiten des Diffamanten „malitia, fraude oder dolo" geschehen sein, ist eben nicht neu, denn schon Innocenz IIII. nimmt darauf keine Rücksicht. Die Worte der Lex diffamari:

---

40) Vgl. Briegleb, Geschichte des Executiv-Prozesses. 2. Aufl. Stuttg. 1845. 8. Seite 88 Not. *.

„seu errore seu malignitate" scheinen in dieser Beziehung, wie z. B. bei Baldus (s. o.), den Ausschlag gegeben zu haben. Sicher aber wurden Spätere in der Ansicht, es sei von Seiten des Diffamanten kein Dolus erforderlich noch dadurch unterstützt, daß sie in jeder Diffamation ein prouocare ad iudicium sahen.

§. 9.

Daß die Einschränkungen des remedium ex L. diffamari auf Berühmungen mit Criminalanklagen, Status- und dingliche Klagen, wie sie Baldus behauptet hatte, keine nachhaltige practische Bedeutung erlangte, geht daraus hervor, daß spätere Juristen gerade rücksichtlich persönlicher Klagen die prouocatio ad agendum unbedenklich zulassen. So schon Bartolomäus de Saliceto nach dem Referat des Alexander Tartagnus[41]:

> quia nemo compellitur agere, nisi reum diffamaret de debito;

Bartolomäus Cäpolla[42]:

> Quando aliquis infamat unum, qui est debitor suus;

Marianus Socinus[43] u. A.

Die Ansicht des Baldus fand wol deshalb wenig Eingang, weil man sah, daß frühere Juristen den Zwang gerade zur Anstellung persönlicher Klagen zuließen bei dem in der Abreise Begriffenen. Die Verschiedenheit dieses Falls von dem der eigentlichen Diffamation zu erkennen, dazu waren die damaligen Juristen nicht mehr geschickt. Angelus Aretinus ist der Letzte, welcher beide Fälle trennt. Aber schon vorher hatte man trotz aller scholastischen Distinctionen wenig distinguirt und nachher geschah es gar nicht. Wo diffamirt war — und was man unter Diffamiren verstand, werden wir unten sehen — ließ man den Zwang zur Klage zu.

---

41) In L. finita (15) § eleganter (28) ff. de damno infecto (39. 2) Nro. 25 (*M.* p. 126).

42) Cautela CX (*M.* p. 131).

43) Consil. Vol. I Cons. XLI (*M.* p. 133).

Während so im Ganzen das remedium die Gestalt behielt, welche es durch Innocenz IIII. erhalten hatte, nämlich die einer imploratio officii iudicis, welche dahin abzielte, daß dem Diffamanten aufgegeben werde zu klagen, während es sich in gewisser Weise befestigte, so daß man es als selbständiges Rechtsmittel (remedium ex L. diffamari, z. B. bei Ludovicus Pontanus, Consil. LIII [*M*. p. 104]) oder gar als eine condictio ex Lege (diffamari; z. B. bei Marianus Socinus Consil. Vol. I Cons. XLI [*M*. p. 134]) betrachtete, kam von anderer Seite ein Bundesgenosse oder Concurrent — ich weiß nicht wie ich ihn nennen soll — der gewaltig dahin arbeitete, einestheils die Anwendung des remedium zu erleichtern und zu vervielfachen, anderntheils aber auch die immer noch erkennbaren Grenzmarken desselben zu verflachen und so dem Mißbrauch, der mit demselben getrieben wurde, Thür und Angel zu öffnen.

Bartolus hatte nämlich im Commentar zur L. finita (15) § eleganter (28) ff. de damn. infecto (39. 2)[44] und anderwärts[44b] die Frage aufgeworfen:

> An (reus) possit implorare officium iudicis, ut pronunciet, ipsum exceptionem habere uel liberatum esse?

und beantwortet:

> Dico quod sic, ut ff. de fideiussorib. L. si contendat et ibi notata.

Mag nun Bartolus diesen Satz in seiner ganzen Allgemeinheit verstanden und so ein alle Grenzen streitiger Jurisdiction überschreitendes remedium ex L. si contendat statuirt haben, oder nicht, Spätere z. B. Joannes de Lignano[45], Nicolaus Spinelli de Neapoli[46], Paulus de Castro[47], Alexan-

44) *M*. p. 90.

44b) Vgl. Adolph Martin a. a. O. § 4 S. 273 Not. a.

45) Vgl. Alexander Tartagnus de Imola in L. finita (15) § eleganter (28) ff. de damno infecto (39. 2) Nr. 14 (*M*. p. 121).

46) Alex. Tartagnus a. a. O.

47) Alex. Tartagnus a. a. O. Nr. 25 (*M*. p. 127).

der Tartagnus[48] u. A.[48b] thaten dieß, indem sie aufstellten, es könne überall der eine Klage Erwartende durch Imploration des officium des Iuder erlangen, daß dieser erkläre, der Implorant sei der Klage etwa wegen einer entgegenstehenden Einrede, oder wegen einer eingetretenen Befreiung ipso iure, nicht verhaftet und daß demgemäß der zukünftige Kläger schon jetzt mit seiner zu erwartenden Klage in der gewöhnlichen Form ab- und zu Ruhe gewiesen werde (impositio silentii). Hier handelt es sich also nicht mehr um eine Auflage zur Klage, sondern um Verhandlung über die Hauptsache, die freilich außerordentlicherweise durch den „reus" eingeführt wird, indem dieser behauptet, ein (auf ordinärem Weg excipiendo oder vielmehr als Einrede im heutigen prozessual. Sinn geltend zu machendes) selbständiges Recht zu haben, das zwar nicht mittelst actio, wohl aber mittelst der imploratio officii iudicis sich realisiren lasse.

Dieser Ansicht war schon Baldus[49] entgegengetreten, indem er die geschilderte imploratio officii iudicis auf solche Fälle einschränken will, wo es sich um Exceptionen handelt: super quibus si non permitteretur agere, facto creditoris possunt deperire. Noch entschiedener scheint Joannes de Imola gegen jene Ansicht angekämpft zu haben. Er behauptet, wenn wir dem Referat des Alexander Tartagnus[50] folgen dürfen:

> quod non possit reus, (cui) competit exceptio, petere, actori imponi silentium, uel sibi fieri instrumentum de iure suo.

Auch Bartolomäus de Saliceto[51] erklärte sich gegen Bartolus. Nichtsdestoweniger wird aber doch die Meinung des Letzteren als „communis opinio" bezeichnet.[52]

---

48) A. a. O. Nr. 27 (*M.* p. 128).
48b) S. die Citate bei Adolph Martin a. a. O. § 4 S. 273.
49) In L. si contendat (28) ff. de fideiussorib. (46. 1) (*M.* p. 94).
50) L. l. Nr. 13 (*M.* p. 120).
51) Alex. Tartagnus l. l. Nr. 25 (*M.* p. 126).
52) Ibid. Nr. 22 (*M.* p. 124).

Marianus Socinus d. Aeltere[53] benutzt nun die Ansicht des Bartolus zu einem „notabile remedium", welches uns glücklicherweise überliefert worden ist, so daß uns der deutlichste Einblick in die Geschichte der Entartung des remedium ex L. diffamari bleibt.

Jacobus hatte den Benedictus diffamirt und Letzterer dann gegen Ersteren das remed. ex L. diffamari gebraucht. Es fragt sich nun, ob die Hauptsache — wie es scheint, eine Schuldforderung — bei demselben Gericht angebracht werden muß, wo die Diffamationsklage anhängig gemacht ist. Socinus, um ein Gutachten angegangen, antwortet:

> licet quoad ipsum iudicium diffamationis diceretur praeuenta et praeoccupata iurisdictio, ita quod alius non posset se impedire circa condictionem dictae causae et terminum statuendum ad agendum: alias silentium perpetuum imponendum . . . . , tamen quoad iudicium postea intentandum per ipsum actorem conuentum in iudicio diffamationis: quia tunc fuit reus et nunc fuit actor agendo intra tempus sibi praefixum quoad hoc iudicium causa sit separata a prima, non intellegitur facta praeuentio, cum ex separatis non fiat illatio unde praeuentio facta in illo iudicio diffamationis, non inferat ad istud iudicium . . . . Et . . . . etiam dixi, quod per protestationem factam a reo quoad istud principale iudicium, non uidetur facta praeuentio.

Socinus gesteht unumwunden zu, daß der Prozeß über die Diffamation mit folgender Auflage zum Klagen &c. und der Prozeß über die Schuldforderung selbst, zwei ganz getrennte, selbständig für sich bestehende Prozesse seien, so daß der erste Prozeß in keiner Weise für den zweiten Streithängigkeit wirke. — Aber es muß ihm doch gerade im vorliegenden Fall darauf angekommen sein, nachzuweisen, daß nichtsdestoweniger in derartigen Fällen Streithängigkeit

53) Cons. Vol. I cons. XLI (*M.* p. 134).

angenommen werden könne. Deshalb kommt er auf sein „notabile remedium“:

> ut etiam quoad principalem causam intellegeretur praeoccupata iurisdictio, quod reus diffamatus imploret officium iudicis et petat declarari, se non teneri ad summam uel ad rem uigore cuius diffamatur. Et ipsi diffamatori perpetuum silentium imponi, quod remedium clare colligitur ex not. per gl. et Dd. in L. Aurelius (28) § centum (8) ff. de liberatione legata (34. 3) et per gl. et Dd. in L. si contendat et latius per Bartolum et Ioannem de Imola in L. si finita § eleganter de damno infecto etc.

Das notabile remedium besteht somit darin, daß man anstatt einer condictio ex L. diffamari, wo der Diffamat lediglich auf Klagauflage dringt und die impositio silentii erst als Contumacialstrafe (s. u.) eintritt, auch annehmen könne, der Diffamat mache gleich die Hauptsache anhängig, indem er bitte, ihn als der Klage nicht verhaftet anzuerkennen und demgemäß den Diffamanten mit seiner Klage auszuschließen d. h. ihm perpetuum silentium aufzuerlegen. Dieses notabile remedium geht zwar noch ein gutes Stück weiter als Bartolus und seine Anhänger gegangen sind, allein die Neigung zu diesem Weitergehen lag in den Juristen der damaligen Zeit. Und wenn auch Andere nicht so klug waren, den Unterschied zwischen der „condictio ex L. diffamari“ und der imploratio iudicis auf perpetuum silentium nach dem § eleganter einzusehen, oder unehrlich genug diesen Unterschied geradezu mit Stillschweigen zu übergehen, der Unterschied existirt doch und der Verwechselung der beiden remedia haben wir es mit zu danken, daß die Ansichten über die eigentliche Natur des remedium ex L. diffamari sich auf die unnatürlichste Art verdrehten. Eine Kritik der Ansicht des Bartolus und seiner Anhänger habe ich kaum nötig. Niemals wol ist eine so evident unrichtige Meinung zu ähnlichem Ansehen gekommen. Nichtsdestoweniger hat sie nur die Bedeutung einer falschen wissenschaftlichen Auffassung, die es nie

zu allgemeiner Anerkennung gebracht hat, und alle Consequenzen, welche daraus gezogen wurden, sind für die Praxis ohne Gewicht.[53b] Wäre aber selbst die Ansicht des Bartolus richtig, so würde doch immer die Vermischung des remed. ex L. diffamari und jenes remedium ex § eleganter — wie wir dasselbe zur Unterscheidung von dem heutigen remedium ex L. si contendat nennen wollen — ungerechtfertigt sein und somit von uns die ganze Doctrin verworfen werden müssen, die aus ihr entstanden ist.

Bei allen Früheren ist kein Zweifel, daß das remed. ex L. diffamari dahin abziele, den Kläger zur Klage zu zwingen:

> non agitur ibi, ut imponatur silentium, sed ut (actor) cogatur agere.[54]

Durch Socinus ist für das remedium aber ein ganz anderer Standpunkt gewonnen. Läßt man mit demselben jenes potenzirte Bartolistische remedium ex L. si contendat oder vielmehr ex §° eleganter concurriren, so braucht dem Diffamanten nicht mehr aufgegeben zu werden, zu klagen, sondern er ist bloß zuzulassen zum docere de iure suo, worauf schließlich die richterliche Entscheidung folgt. Wir haben also hier die erste Spur der sog. prouocatio ad probandum, dieser prozessualischen Mißgeburt, die bei den deutschen Juristen so viele Vertheidiger und Anhänger fand und in der Praxis häufig angewendet wurde.

Wir bemerken noch, daß die Frage, ob die prouocatio ad agendum Streithängigkeit für die Hauptsache wirke, mit besonderer Vorliebe von den italienischen Juristen behandelt worden ist. Im Allgemeinen erkennt man rücksichtlich des eigentlichen remedium ex L. diffamari an, daß durch dieses keine Litispendenz für die Hauptsache eintritt. Dieß giebt z. B. auch Bartolomäus Socinus[55] mit Berufung auf seine Lehrer Andreas Barbatia und Joannes Baptista Caccialupus zu, ja der Papinian seines Zeitalters, wie ihn Politian nennt, geht gerade umgekehrt zu Wege wie sein

---

53b) Vgl. Adolph Martin a. a. O. §§ 13 u. 14. S. 333 ff.

54) Alex. Tartagnus l. l. n. 22 (*M.* p. 124).

55) Vol. III. Consil. XCIIII. N. 5 (*M.* p. 140).

Vater, indem er aus dem remedium ex L. diffamari nachweist, daß auch durch den Gebrauch des remedium ex L. si contendat keine Streithängigkeit für die Hauptsache gewirkt werde.

§. 10.

So ist denn das remedium ex L. diffamari bei den späteren Italienern allerdings durch die Vermengung mit der Bartolistischen imploratio iudicis ex §° eleganter so weit gekommen, daß aller sichere Boden und Halt verloren scheint. Dieß zeigt sich z. B. in der Anwendung von welcher Bartolomäus Cäpolla[56] Meldung thut:

> Cautela potest esse, quod per interpositam personam quis faciat se diffamari, tunc enim cum illa persona fundaretur iudicium: et occasio illius posset citari facere ceteros, qui nolunt contradicere,

und anderwärts.

Dennoch würde man irren, wenn man annehmen wollte, die Commentatoren seien gleich späteren deutschen Juristen so weit gegangen, daß sie zugegeben hätten, jede einfache Berühmung mit Ansprüchen, möge sie beschaffen sein, wie sie wolle, ziehe die Verpflichtung zur Klage oder die imploratio iudicis ex §° eleganter nach sich. Sie faßten nämlich nicht bloß das Wort diffamare in einem besonders schlechten Sinn, als Verminderung des guten Rufs und Namens, auf, was sich darin zeigt, daß sie es abwechselnd mit „infamare" brauchen[57] und daß Marianus Socinus d. Aeltere[58] geradezu sagt:

> Nam diffamare aliquem est uel coram iudice, uel uulgo, uel in coetu, uel coram pluribus alicuius famae detrahere, uel aliquod conuicium ad alterius famam denigrandam deferre;

---

56) Cautela CCXLII. N. 2 (*M.* p. 132.)

57) So schon Azo in L. diffamari s. u. diffamari (*M.* p. 70). Bartolus in L. Titia (18) ff. de accusat. (48. 2) N. 8 (*M.* p. 92). Baldus in L. diffamari N. 1 (s. o.), 2 u. 8 (*M.* p. 98). Caepolla Caut. CX (*M.* p. 131).

58) Cons. Vol. I. Consil. XLV. N. 3. (*M.* p. 135).

sondern auch das remedinm ex §⁰ eleganter wird hie und da darauf zurückgeführt:

> quod ubicunque timeo, quod mihi uis uel molestia fiat, possum super hoc implorare iudicis officium, ut prohibeat haec.[59]

So zeigt sich, daß bei Erwähnung der Diffamation immer der Gedanke an eine Minderung des guten Rufs des Diffamirten oder einen demselben sonstwie drohenden Nachtheil im Hintergrund liegt. Und wenn auch malitia des Diffamanten und Nachtheil des Diffamaten jetzt nicht mehr ausdrücklich als Requisite der prouocatio ad agendum oder probandum aufgeführt werden, so sind wir doch keinenfalls berechtigt anzunehmen, die herrschende Meinung sei dahin gegangen, jedes (auch das unschuldige und ungefährliche) Berühmen mit Ansprüchen begründe für den Diffamaten das Recht zur Provokation. Daß wir dieß nicht dürfen, zeigt sich hauptsächlich noch darin, daß schon Innocenz IIII. und nach ihm viele Andere, so namentlich Baldus in der oben S. 71 abgedruckten Stelle besonderes Gewicht auf die durch die Diffamation für den Diffamaten entstehende Gefahr legt und daß auch noch Alexander Tartagnus[60] ausdrücklich sagt:

> Quamobrem nemo potest inuitus ad agendum cogi, tamen si timeo, ne in iure meo inquietarer uel grauarer (ne mihi uis uel molestia fiat) possum implorare officium iudicis: ut inhibeat etiam ante factum.

Man scheint daher allerdings das Erforderniß der malitia des Diffamanten aufgegeben zu haben, daß man aber noch die Gefahr eines üblen Erfolgs für den Diffamirten in Rücksicht zog, ist zweifellos.

Somit stellt sich das remedium ex L. diffamari immer noch als Mittel dar, um einen Nachtheil des Diffamirten abzuwenden. An seiner eigentlichen Natur hat sich nichts geändert. Daß man

59) So Alex. Tartagnus l. l. N. 29 (*M.* p. 129).
60) L. l. Nro. 29 (*M.* p. 57).

früher den chikanösen Willen des Diffamanten erforderte, jetzt denselben nachsah, oder m. a. W., daß man früher dolus verlangte, jetzt aber mit culpa sich begnügte, ist im Ganzen gleichgültig.

§. 11.

Als in Deutschland die fremden Rechte recipirt wurden, nahm man sie so herüber, wie sie auf den italienischen Rechtsschulen gelehrt, in der italienischen Praxis angewendet, in den Schriften der italienischen Juristen aufgezeichnet waren. So fand auch das remedium ex L. diffamari Aufnahme und daß man dabei hauptsächlich den in den Werken der Commentatoren niedergelegten Ansichten folgte, zeigt sich mit Evidenz bei den deutschen Juristen des 16. Jahrhunderts.

Vor Allem ist ersichtlich, daß die Verschmelzung des remedium ex L. diffamari mit der imploratio officii iudicis ex §° eleganter nicht ohne Eindruck blieb. Blarer[61] giebt sich Mühe nachzuweisen, wie

> — proprie et recte — dici potest, diffamatum condictione ex L. diffamari experiri, idque ad aliarum quodammodo actionum et condictionum similitudinem.

Vorher aber hat er schon gesagt[62]:

> Iudicis autem officium hic quoque implorari manifestum est, ex eo quod et uerba legis ad iudicem diriguntur;

dann fährt er fort[63]:

> Apertissime siquidem duplex in nostra L. diffamari beneficium Imperatores simul exhibent, dum scilicet condictionem ex h. L. constituunt, simulac ad iudicis officium eam rem maxime referunt ac dirigunt: sicut et alias huic L. nostrae condictioni ultra ceteras ex L. condictiones, quae personales tantum sunt et dicuntur

---

61) L. l. C. 1 n. 6.
62) L. l. C. 1. n. 4.
63) L. l. C. 1. n. 7. 8.

actiones, imo reliquas actiones omnes, multa singulariter excellentia, ut in processu uidebitur, attribuuntur. Itaque nihil hic omnino impedit, quod Bartolus.... annectit, quod ideo dum uerba legis ad iudicem diriguntur, imploretur officium iudicis, non condictio ex L. competat: item tum demum si uerba non referrentur ad iudicem, condictionem ex L. oriri.

Der Autorität Blarers sind die Meisten gefolgt und so hat es denn in Deutschland für die Weiterentwickelung des remedium ex L. diffamari von Anfang an an einem festen und sicheren Grundprincip gefehlt. Man sah wol das remedium als eine condictio ex L. an[64], wo man aber mit den Consequenzen aus dieser Annahme nicht weiter kam, da mußte die imploratio officii iudicis herhalten und so die Anwendung des remedium auf beliebige Fälle ermöglichen. Wie man dabei verfuhr, zeigen z. B. die Formulare zur „Rechtlichen Klage ex L. si contendat ff. de. fideiussorib.", welche sich bei Christoph Friderici[65] finden, wo ganz in der von Marianus Socinus d. A. angegebenen Weise auf Grund der Diffamation der Richter gebeten wird:

in Rechten folgends zuerkennen und auszusprechen ..., daß Beklagter (Diffamant) der berührten Post auf... fl. Fränkischer Wehrung und deßwegen rückständigen Zinsen halber Klägern (Diffamaten) zumahnen nicht befugt, sowohl dißfalls alles fernern diffamirens und unbefugten mahnens sich zuenthalten schuldig beklagten auch dessenwegen ein ewig stillschweigen aufzuerlegen ꝛc.

Zwar wurde schon von David Mevius[66] auf den Unter-

---

64) Vgl. u. A. Dauid. Meuii Decisiones etc. Francof. ad Moen. 1726. Fol. Part. VII. Dec. 63. Adrian. Gylmannus, Symphorematis Supplicationum etc. Ed. IIa Francof. 1604. Fol. P. 1 Tit. 9 De Constitut. ex L. diffamari p. 555.

65) Processus iudiciarius. Cum nouis additionib. J. G. Nicolai Dresd. 1655. 4. p. 57 sqq.

66) A. a. O.

schied zwischen der „condictio ex L. diffamari“ und der „imploratio officii ex L. si contendat“ hingewiesen, ebenso von Benedict Carpzov.[67] Allein der Letztere findet den Hauptunterschied nur darin, daß bei dem Gebrauch des remedium ex L. diffamari eine Diffamation vorher gegangen sein müsse, was bei der prouoc. ex L. si contendat nicht nötig sei, der Erstere aber geht etwas tiefer ein, indem er angiebt, bei dem remed. ex L. si contendat sei es von Seiten des Imploranten darauf abgesehen: ut (iudex), se liberatum uel non esse debitorem declaret, allein er verkennt die Natur des remed. ex L. diffamari und behält gerade das Schlimmste, was aus der Vermengung der beiden Rechtsmittel entstanden ist, bei, wenn er sagt: dem Diffamaten ist geholfen durch die L. diffamari: ex qua contra illum, qui se creditorem iactat, petitur citatio ad probandum creditum sub perpetui silentii comminatione etc. Es ist uns nämlich nicht zweifelhaft, daß jene citatio ad probandum dadurch entstanden ist, daß man die auf die imploratio officii iudicis folgende Verhandlung als eine Verhandlung über die Hauptsache selbst ansah, indem ja der Diffamat gebeten hatte, anzuerkennen, daß er dem Diffamanten nicht verhaftet sei. Es mußte also der Imploration des Diffamaten nicht eine Klagauflage an den Diffamanten folgen, sondern die Untersuchung ob der Diffamat verhaftet sei oder nicht, und dieß geschah am Besten dadurch, daß man dem Diffamanten aufgab, sich darüber zu erklären, ob er ein Recht habe oder nicht und im Fall das Erstere behauptet werde, gleich den Beweis für sein Recht beizubringen.

§. 12.

Wir werden unten zeigen, wie die prouocatio ad probandum auch noch dadurch unterstützt wurde, daß man den obenerwähnten Satz des Baldus

> — Sed ille, qui diffamat, adstringit se tacite ad agendum, quia diffamare est ad iudicium uocare

---

67) Iurisprudent. forensis Romano-Saxonica etc. Francof. ad Moen. 1638. Fol. Part. I. const. 7 defin. 29. — Processus iuris in foro Saxonico etc. Ed IIIIa. Ienae 1675. Fol. Tit. XX Art. IIII n. 24 sqq.

in ungehöriger Weise generalisirte. Zunächst aber soll dargethan werden, wie der fast ungetheilte Beifall, welchen man jenem Ausspruch zollte, auch in anderer Weise auf die Lehre von dem remedium ex L. diffamari einwirkte. Blarer, Gaill, Mynsinger, Bulteius, Carpzov, Mevius u. A. recurrirten auf jenen Satz, wie Wetzell[68] gezeigt hat. Dabei war man aber nicht bemüht, das remedium auf Berühmung mit gewissen Arten von Klagen einzuschränken, wie dies Baldus gethan hatte, sondern es galt jetzt als ausgemacht, daß nicht bloß die Berühmung mit einer Status-Klage, sondern mit jeder dinglichen oder persönlichen Klage das Rechtsmittel begründe.[69] Wir beabsichtigen nicht, eine Dogmengeschichte der Lehre von dem remedium ex L. diffamari zu schreiben, aber um die auf den Satz des Baldus gestützte Doctrin kennen zu lernen, müssen wir doch Einiges aus den Werken damaliger und späterer Juristen anführen:

1) Hieronymus Schurpf.

Consil. 34 Cent. I^ae^ n. 2 und 3:

Nam licet regulariter nemo possit inuitus ad agendum uel accusandum cogi .... et reus non possit prius, quam actor ius suum in iudicium deducere .... tamen clarissimi iuris est, quod praedicta non uindicent sibi locum, quando aliquis diuulgat et diffamat aliquem,

---

68) A. a. O. §. 13 Not. 30. S. 67. Die von Wetzell beigebrachten Citate lassen sich unschwer mehren. Vgl. z. B. noch Hieronymus Schurpf (*M.* p. 2 Not. 2 cit.), Consil. 15 n. 19 cent. III; cons. 75 n. 8 cent. I; cons. 34 n. 6 cent. III. W. A. Lauterbach, Collegium theoretico-practicum etc. Ed. noua. Tub. 1765. 4. L. XL tit. 14 n. II. (Tom. III p. 107).

69) S. die Citate bei Wetzell a. a. O. Not. 34. S. 68, 69 und dazu Blarer l. l. II. 1; XII. 31. Lauterbach l. c. I. H. Boehmer, Doctrina de actionib. Hal. 1738. 8. Sect. II. c. 1 § 16. Nichtdeutsche: Franc. Sarmiento l. l., welcher zwar gegen die weite Ausdehnung des remedium ankämpft, aber doch zugesteht, es werde nach der gemeinen Meinung dasselbe zugelassen: tam in realibus, quam in personalibus actionibus tam in petitoriis quam in possessoriis iudiciis etc. — Io. Voet, Comm. ad Pandect. Hal. 1778. 8. L. V. tit. I. n. 21 (T. II. p. 31).

dicendo quod sit debitor suus et quod uelit contra eum agere, uel quod comiserit homicidium, uel aliud crimen, propter quod intentat eum accusare. † Nam istae sunt iustae causae, propter quas iudex ad petitionem diffamati debeat statuere uel praefigere terminum diffamanti, ut intra eum agat uel accuset, cum certificatione, quod de caetero non audiatur.

Ibid. n. 6:

Et est sine omni dubio, quod causa diffamationis sit sufficiens causa, propter quam iudex possit praefigere terminum diffamanti, infra quem accuset, ea lege, ut si infra illum terminum ius suum non prosequatur, de caetero non audiatur. Et sic clare patet non obstare, quod nemo inuitus agere cogatur, quia uerum est, quod nemo inuitus regulariter cogitur agere uel accusare, nisi se obstrinxerit ad agendum expresse uel tacite. Sed ille, qui diffamat, adstringit se tacite ad agendum, quia diffamare est ad iudicium prouocare ..... Quia diffamare est ad iudicium prouocare et ideo reus est iam prouocatus ad causam.

Consil. 75 cent. I^ae^:

Ideo oppono, quod ille, qui diffamat aliquem, adstrinxit se tacite ad agendum, quia est diffamare ad iudicium prouocare.

2) Andreas Gaill.

Practicarum obseruationum etc. libr. duo (Colon. Agr. 1721. 4.) L. I. obs. 9 n. 4 u. 5: Et licet nemo inuitus regulariter agere cogatur...., tamen regula illa non procedit, quando quis expresse uel tacite se ad agendum adstringit, atqui diffamator tacite se ad agendum arctat † quia diffamare est tacite ad iudicium prouocare: ideoque diffamator eo ipso quod diffamat ad iudicem diffamati prouocare et proinde agere uelle intellegitur.

3) Jacob Ayrer.
Historischer Processus iuris etc. (Frankf. a. M. 1607. Fol.) Cap. I. obs. 5 n. 14: ——— diffamare (est) ad iudicium prouocare et diffamans eo ipso, quod diffamat, ad iudicem diffamati prouocare, adeoque agere uelle intellegitur.

4) Herm. Bulteius.
Nachgeschriebenes Prozeßheft auf der Berliner Kgl. Bibliothek. (Mss. lat. in Fol. No. 138. Vgl. *M.* p. 5): Culpa enim sua ad agendum uel accusandum cogitur, qui alium diffamat quomodocunque, quacunque de re etiam illud fiat, quacunque etiam actione sit experiundum, siue id faciendum sit in possessorio, siue in petitorio. Quod quidem ita nulla lege disserte expressum est, inductum tamen arg. L. diffamari C. de ingen. manum, quum hac in L. is, qui errore seu malignitate diffamauit statum alicuius, cogi possit ad demonstrandam diffamationem. Ea ratione existimarunt interpretes, posse aliquem cogi, si uel famam, uel statum, uel ius alterius diffamat, ut is agat et diffamationem ostendat, siquidem actionis dandae omni ex parte ratio prorsus est uel eadem. Diffamator enim intellegitur sese facile ad agendum adstringere et ad iudicium prouocare.

5) Benedict Carpzov.
Iurisprud. forens. Def. 27 part. I const. 7: Licet nemo inuitus agere cogatur ....: si tamen quis expresse, uel tacite se ad agendum astrinxerit, iudicium et actionem effugere haud potest, † ueluti diffamator se ad agendum arctat; cum diffamare sit tacite ad iudicium prouocare. [69b]

Hier wie anderwärts (z. B. in älteren Prozeßhandbüchern, wo

69b) Vergl. Carpzov, Processus iuris in foro Saxonico. Tit. XX Art. II n. 6, 10 und anderwärts.

des remedium beiläufig oder mit weiteren Ausführungen Erwähnung geschieht, so in einer Additio zu der unten zu citirenden Ausgabe Chilian. Königs[70], bei Sam. Stryck[71] u. A.) wird überall nur einfache Diffamation als Erforderniß für die Zuläßigkeit des remedium erwähnt und wenn auch Aeltere hie und da ein diuulgare zu dem diffamare hinzufügen, so wird doch selten auf einen dem Diffamaten drohenden Nachtheil hingewiesen.

Am weitesten gedeiht diese freie Behandlung des remedium bei Augustin v. Leyser:

> Meditationes ad Pandectas. Vol. II Ed. III[a] Lips. 1742 Spec. 81: — testantur... DD. tantum non omnes, in hoc processu pro diffamante haberi, qui ius sibi aliquod contra alterum asserit, seu publice hoc seu priuatim fiat. Omnis ergo inquietatio diffamatio est.

> Ibid. Vol. IX Ed. III[a]. Lips. 1748 Spec. DCXXV n. XII: — prouocatio ex L. diffamari institui potest, tametsi diffamatio iniuriam nullam contineat. Nam ut iniuria diffamationi insit, necesse non est. Nec uox diffamare in malam semper partem, sed saepius indifferenter, aliquando in bonam partem, accipitur .... Et ex ipsa L. 5 C. de ingen. manum. constat, errorem ad diffamationem sufficere.

Besonders nach der ersteren Stelle würde schon eine gewöhnliche Privatmahnung genügen, um das remedium ex L. diffamari zu begründen. In der That spricht dieß Leyser geradezu aus, sich auf ein Urteil der Juristenfacultät zu Helmstädt vom October 1713 berufend. Ihm folgen Spätere z. B. Glück[72], welcher meint,

---

70) Practica Und Procefs der Gerichtsleuffte, nach dem brauch Sächsischer Landart, aus den gemeinen Beypstlichen, Keyserlichen und Sechsischen Rechten. rc. Leipz. 1588. 4 Cap. 36 i. f.

71) Introductio ad praxin forensem etc. Wittenberg. 1726. 4. C. V § 11.

72) Ausführliche Erläuterung der Pandekten. 6. Bd. Erl. 1800. 8. §. 533[a] Not. 59. (S. 486).

daß eine unter vier Augen geschehene Berühmung mit einem Anspruch genüge, um darauf die Provokation zur Klage zu stützen, und Chr. G. Biener[73], dem schon der Eintrag einer Forderung in die Bücher als Diffamation gilt. Auch in deutsche Partikulargesetzgebungen wurde das remedium in dieser ganz unbestimmten Ausdehnung aufgenommen, so z. B. in die Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten[74], wonach der Diffamationsprozeß stattfindet: „Wenn sich Jemand an des Andern Person, Grundstücke oder sonstiges Vermögen, gewisser Rechte und Ansprüche oder sonst gewisser Prärogativen und Befugnisse rühmt, die ihm von dem Gegentheil nicht zugestanden werden." Mit Recht bemerkt C. F. Koch[75], daß, wollte man diese so allgemeinen und unbestimmt gefaßten Sätze zur Anwendung bringen, „die Freiheit zu klagen oder nicht zu klagen zur Ausnahme werden würde, wenn die Chikane sich ihrer in allen Beziehungen und Fällen bedienen wollte"; sowie ferner: „daß Niemand mehr sich auf rechtmäßigem Wege über sein Recht, selbst auf Befragen der Obrigkeit äußern (könne), ohne sich in Prozesse und Kosten gestürzt zu sehen."[76]

Doch wurde nicht überall so leicht über den Begriff des diffamare hinweggegangen, wie es von den Obengenannten geschehen ist. Selbst Solche, die dem unrecht verstandenen Satz des Baldus folgten, waren vorsichtiger in Bezug auf die Requisite des remedium.

---

73) L. l. § 301 p. 220. Aehnlich C. W. E. Heimbach im Rechtslexikon ꝛc. herausgeg. von J. Weiske. 8. Bd. Leipz. 1854. 8. S. 535. Not. 22.

74) Th. I Tit. 32 § 1.

75) Der Preußische Civilprozeß. Berl. 1848. 8. § 394 S. 735 u. 736 Not. 7.

76) Die eigenthümliche Bestimmung der Preuß. A.-G.-O. Tit 32 § 2, wonach dem Diffamaten außer dem remedium ex L. diffamari noch ein anderes Mittel zu Gebot stehen soll, indem: „Wenn Jemand weiß, daß ein Anderer sich eines gewissen Anspruchs an ihn berühme, welchen er nicht einräumen will," es ihm freisteht, „selbst als Kläger in der Hauptsache wider denselben aufzutreten, um die Unrichtigkeit und Ungültigkeit des behaupteten Anspruchs rechtlich auszuführen", enthält nichts als eine Legalisirung des remedium ex $\S^0$ eleganter, neben welcher die eigentliche Diffamationsklage unnütz und überflüssig ist.

Eben Clarer[77] setzt in seiner verständigen Weise auseinander, daß zwar zum Begriff des Diffamiren durchaus kein animus iniuriandi gehöre, daß aber doch von der condictio ex L. diffamari nur da die Rede sein könne, wo die Diffamation dem Diffamirten irgendwie beschwerlich oder gefährlich geworden sei, oder werden könne, namentlich dadurch, daß sie seinen Credit gefährde. Andere drücken dieß richtig so aus, es müsse der Diffamirte ein Interesse haben, daß die Diffamation nicht geschehen sei. Als Repräsentanten dieser Richtung können wir David Mevius betrachten, aus dessen Decisionen wir einige entscheidende Stellen hier folgen lassen wollen:

Dec. 360 part. VII:

Quoties alicuius interest defendi famam, bona, possessionem, istud (remed. ex L. diff.) obtinet, ideo comparatum, ut talia seruentur ab omni inquietatione secura. Quoties itaque haec ex diffamatione oritur, ut probetur, aut perpetuo sileatur, experiri licet, non attento quo animo quidquam dictum sit: tantum id consideratur, utrum sit comparatum, ut de eo imputationem aut diffamationem supprimi intersit.

Dec. 63 part. VII:

Si cuiusquam intersit, creditorem suum aduersus se agere, iurisprudentia ei de legitimis aptisque remediis prospexit. Et quidem duo haec sunt uulgaria et cuiuis nota, condictio ex L. diffamari et imploratio officii iudicis ex L. si contendat. Verum tamen ut non omni ex causa istis locus est, ita nec sine discrimine etc.

Dec. 62. part. VII:[78]

— sicut nec pro (diffamatione) habendum, quod iuris sui consequendi causa, uel etiam alias non iniusta ratione creditor protulit etc.

---

77) L. l. Argumentum in L. diffamari n. 8 & 9. Vgl. auch C. XII n. 31.

78) In dieser Decision beklagt Meuius überhaupt den Mißbrauch, welcher mit dem remedium ex L. diffamari in der Praxis getrieben werde, indem er auf die üblen Folgen desselben aufmerksam macht.

Danach soll nicht jede Berühmung mit einem Anspruch das remedium begründen, sondern bloß eine solche, die dem Diffamaten nachtheilig ist, oder Nachtheil droht. Dieß wird von Vielen anerkannt, so von Joh. Brunnemann[79], Joh. Heinr. v. Berger[80] und Joh. Ludw. Schmidt.[81] Der Letztere characterisirt geradezu die Diffamation als eine „nachtheilige unter die Leute gebrachte Rede" und ähnlich nennt sie Wilh. Aug. Friedr. Danz[82] eine „nachtheilige Aussprengung." Ja selbst manche von denen, die keine eigentliche diuulgatio fordern, legen auf das Nachtheilige der Diffamation Gewicht, so Biener[83] und Glück[84], obwol sich kaum denken läßt, daß eine bloße Mahnung unter vier Augen oder durch Briefe irgend erhebliche Nachtheile nach sich ziehen sollte.

Von diesen und andern Juristen[85] wurde also an dem einen (objectiven) Requisit des remedium festgehalten: daß dem Diffamaten aus der Diffamation ein Nachtheil, namentlich, was Berüh-

---

79) Commentarius in XII. libros Codicis Iustin. Lips. 1663. Fol. Lib. VII tit. 14 (p. 621). Brunnemann meint, der Diffamat müsse eine zukünftige Belästigung für sich oder seine Erben fürchten.

80) Oeconomia iuris ad usum hodiernum accomodati; accurante filio D. Chrph. Henr. Bergero. Lips. 1712. 4. L. IIII tit. 32 not. 2: — quoties alicuius interest, defendi famam, bona, possessionem, toties remedium ex L. diffamari obtinet: immo idem illud ad molestias futuras, quas quis metuit, prorogatur. — Cf. I. H. de Berger, Electa proc. prouocatorii etc. Lips. 1705. 4. th. 11.

81) Practisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. 5. Ausg. v. Ad. Dietr. Weber. Jena. 1798. 8. §§ 272 ff.

82) Grundsätze der summarischen Prozesse, vermehrt und zum Theil umgearbeitet von N. Th. Gönner. 3. Ausg. Stuttg. 1806. 8. § 20. S. 28.

83) A. a. O. § 301.

84) A. a. O. VI. S. 485 u. 486.

85) Nichtdeutsche: der Spanier Petr. Barbosa, Thesaur. L. IIII c. 32 § 3 (habe ich nicht selbst einsehen können); der Holländer Voet l. l. V. 1. 21. Auch Gerhard Noodt (Ad Tit. D. V. 1. Opp. Col. Agr. 1732. Fol. Vol. II. p. 119), der sich im Allgem. gegen die Anwendung des remedium ausspricht, sagt: Vulgo creditur, ea (Lege diffam.) permitti unicuique, cuius fama alterius iactatio e laesa sit etc.

Schon Blarer[77] setzt in seiner verständigen Weise auseinander, daß zwar zum Begriff des Diffamiren durchaus kein animus iniuriandi gehöre, daß aber doch von der condictio ex L. diffamari nur da die Rede sein könne, wo die Diffamation dem Diffamirten irgendwie beschwerlich oder gefährlich geworden sei, oder werden könne, namentlich dadurch, daß sie seinen Credit gefährde. Andere drücken dieß richtig so aus, es müsse der Diffamirte ein Interesse haben, daß die Diffamation nicht geschehen sei. Als Repräsentanten dieser Richtung können wir David Mevius betrachten, aus dessen Decisionen wir einige entscheidende Stellen hier folgen lassen wollen:

Dec. 360 part. VII:

Quoties alicuius interest defendi famam, bona, possessionem, istud (remed. ex L. diff.) obtinet, ideo comparatum, ut talia seruentur ab omni inquietatione secura. Quoties itaque haec ex diffamatione oritur, ut probetur, aut perpetuo sileatur, experiri licet, non attento quo animo quidquam dictum sit: tantum id consideratur, utrum sit comparatum, ut de eo imputationem aut diffamationem supprimi intersit.

Dec. 63 part. VII:

Si cuiusquam intersit, creditorem suum aduersus se agere, iurisprudentia ei de legitimis aptisque remediis prospexit. Et quidem duo haec sunt uulgaria et cuiuis nota, condictio ex L. diffamari et imploratio officii iudicis ex L. si contendat. Verum tamen ut non omni ex causa istis locus est, ita nec sine discrimine etc.

Dec. 62. part. VII:[78]

— sicut nec pro (diffamatione) habendum, quod iuris sui consequendi causa, uel etiam alias non iniusta ratione creditor protulit etc.

---

77) L. l. Argumentum in L. diffamari n. 8 & 9. Vgl. auch C. XII n. 31.

78) In dieser Decision beklagt Meuius überhaupt den Mißbrauch, welcher mit dem remedium ex L. diffamari in der Praxis getrieben werde, indem er auf die üblen Folgen desselben aufmerksam macht.

Danach soll nicht jede Berühmung mit einem Anspruch das remedium begründen, sondern bloß eine solche, die dem Diffamaten nachtheilig ist, oder Nachtheil droht. Dieß wird von Vielen anerkannt, so von Joh. Brunnemann[79], Joh. Heinr. v. Berger[80] und Joh. Ludw. Schmidt.[81] Der Letztere characterisirt geradezu die Diffamation als eine „nachtheilige unter die Leute gebrachte Rede" und ähnlich nennt sie Wilh. Aug. Friedr. Danz[82] eine „nachtheilige Aussprengung." Ja selbst manche von denen, die keine eigentliche diuulgatio fordern, legen auf das Nachtheilige der Diffamation Gewicht, so Biener[83] und Glück[84], obwol sich kaum denken läßt, daß eine bloße Mahnung unter vier Augen oder durch Briefe irgend erhebliche Nachtheile nach sich ziehen sollte.

Von diesen und andern Juristen[85] wurde also an dem einen (objectiven) Requisit des remedium festgehalten: daß dem Diffamaten aus der Diffamation ein Nachtheil, namentlich, was Berüh-

---

79) Commentarius in XII. libros Codicis Iustin. Lips. 1663. Fol. Lib. VII tit. 14 (p. 621). Brunnemann meint, der Diffamat müsse eine zukünftige Belästigung für sich oder seine Erben fürchten.

80) Oeconomia iuris ad usum hodiernum accomodati; accurante filio D. Chrph. Henr. Bergero. Lips. 1712. 4. L. IIII tit. 32 not. 2: — quoties alicuius interest, defendi famam, bona, possessionem, toties remedium ex L. diffamari obtinet: immo idem illud ad molestias futuras, quas quis metuit, prorogatur. — Cf. I. H. de Berger, Electa proc. prouocatorii etc. Lips. 1705. 4. th. 11.

81) Practisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. 5. Ausg. v. Ad. Dietr. Weber. Jena. 1798. 8. §§ 272 ff.

82) Grundsätze der summarischen Prozesse, vermehrt und zum Theil umgearbeitet von N. Th. Gönner. 3. Ausg. Stuttg. 1806. 8. § 20. S. 28.

83) A. a. O. § 301.

84) A. a. O. VI. S. 485 u. 486.

85) Nichtdeutsche: der Spanier Petr. Barbosa, Thesaur. L. IIII c. 32 § 3 (habe ich nicht selbst einsehen können); der Holländer Voet l. l. V. 1. 21. Auch Gerhard Noodt (Ad Tit. D. V. 1. Opp. Col. Agr. 1732. Fol. Vol. II. p. 119), der sich im Allgem. gegen die Anwendung des remedium ausspricht, sagt: Vulgo creditur, ea (Lege diffam.) permitti unicuique, cuius fama alterius iactatio e laesa sit etc.

mungen mit Vermögensrechten anbetrifft, eine Schmälerung des guten ökonomischen Rufs oder m. a. W. des Credits[86], drohen müsse.

Was dagegen das in der ersten Zeit der Entstehung des remedium festgehaltene (subjective) Requisit, darauf gerichtet, daß die Klagverzögerung malitia, fraude oder dolo geschehen sei, anbetrifft, so wurde dasselbe, wie wir sehen, schon seit Innocenz IIII. aufgegeben. Man stützte sich dabei auf die Worte der L. diffamari: „seu errore, seu malignitate". So kam es denn, daß auch die deutschen Schriftsteller keinen dolus des Diffamanten forderten. Es findet sich vielmehr ausgesprochen[87]: „Culpa sua ad agendum uel accusandum cogitur, qui alienum diffamat" und selbst Mevius[88] sagt: quoties itaque haec (inquietatio) ex diffamatione oritur ...., non attento quo animo quidquam dictum sit.

§. 13.

Wir sind nun so weit, daß wir aus der bisherigen Entwicklung einige Schlüsse ziehen können. Was zunächst das Fallenlassen des subjectiven Requisits des remedium (der malitia etc.) anbetrifft, so unterliegt es wol keinem Zweifel, daß dasselbe durch die Entwicklung des Rechtsmittels geboten war. Denn sobald dieses nicht mehr bloß den Zweck verfolgte, den Schuldner vor einer gerichtlichen Belangung zur unrechten Zeit zu schützen, sondern vielmehr den Zweck, den Nachtheilen zu begegnen, welche für Jemand daraus entstehen konnten, daß sich ein Anderer mit Ansprüchen gegen ihn berühmte, mußte es einerlei sein, ob jene Berühmung in der Absicht geschehen war, Nachtheil dadurch hervorzubringen, oder ob nur aus der Berühmung Nachtheil — wenn auch nicht beabsichtigter — drohte. Sobald wir also die Weiterentwicklung des remedium als berechtigt anerkennen — und wer wollte am Ende läugnen, daß dieselbe, wenn auch unter Einwirkung der Juristen

86) Vgl. Jacob Friedr. Ludovici, Einleitung zum Civilprozeß &c. 6. Aufl. Halle 1719. 4. Cap. V § 1 S. 51 u. 52.

87) Vulteius im Prozeßheft (*M.* p. 5).

88) Dec. 360 part. VII.

durch die Gerichtspraxis, also durch das Leben selbst, geschehen? — so müssen wir auch zugeben, daß sowol die Commentatoren, als die späteren deutschen Juristen im Recht waren, wenn sie nicht forderten, es müsse die Diffamation in chikanöser Absicht geschehen sein.

Damit scheint auch die K. G. O. v. 1555 übereinzustimmen, wenn es heißt[89]:

> demnach setzen und ordnen Wir, daß Lex Diffamari an dem Cammer-Gericht verstanden und gebraucht werden soll, in Friedbrüchigen Schmach- und andern dergleichen Sachen, in denen solche Diffamation gefährlicher, betrüglicher Weiß, oder in andere Weg, dem andern Theil zu Nachtheil und Beschwerung beschehen u. s. w.

Zwar berichtet Lauterbach[90] von der Praxis des Reichskammergerichts, es werde erfordert:

> ut sit diffamatio dolosa, in magnum Diffamati praeiudicium,

indem er sich auf Mevius[91] beruft. Allein Mevius spricht in der angezogenen Decision weder von der Praxis des R. K. G., noch sagt er, die Diffamation müsse dolos sein, sondern er führt einfach aus, daß nur der Diffamant selbst, nicht der Weiterverbreiter des Gerüchts mit dem remedium belangt werden könne (darüber unten). Auch findet sich bei Kammeralschriftstellern wie z. B. bei Wilhelm Roding[92] erwähnt, daß der Diffamationsprozeß beim R. K. G. zugelassen werde, „in grauioribus et atrocioribus iniuriis, quae pacem publicam turbare et scandalo esse queant et quae uersute dolo malo, alioue modo, in alterius praeiudicium et grauamen fiunt atque tendunt.“ Somit möchte im Reichsgerichtsprozeß, der den Untergerichten der Kurfürsten und Reichsstände als „norma“ dienen sollte[93], Dolus des Diffamanten

---

89) Th. II. Tit. 25.

90) L. l. L. XL tit. 14 § III sub 2.

91) Dec. 371 part. VI.

92) Pandectarum cameralium siue iuris cameralis libr. IIII ect. Casellis 1604. Fol. Lib. I. Tit. 14 n. 6.

93) J. R. A. § 137. Vgl. Deputat. Absch. v. 1600 § 15.

als notwendiges Requisit für die Zulässigkeit des remedium nicht erfordert worden sein.

Nirgends aber ist zu vergessen, daß die Diffamation eben Diffamation sein muß, daß „das Verbreiten — unter die Leute Bringen — gerade das Wesentliche der Wortbedeutung von diffamatio ist"[94], daß aber ein zufällig unter die Leute Kommen durch Aeußerungen, welche einen andern Zweck haben, weit verschieden ist von dem „Verbreiten", „unter die Leute Bringen"[95], daß endlich somit eine gewisse Absicht, die Absicht der diuulgatio — die kein dolus, keine malitia, keine fraus zu sein braucht, vielmehr eine scherzhafte, mitleidige oder andere Grundlage haben kann (s. u. § 21) — in dem Begriff der Diffamation liegt. Somit muß die Diffamation d. h. die diuulgatio allerdings beabsichtigt sein, aber diese Absicht braucht keinen dolus zu enthalten oder mit andern Worten, es ist kein Causalzusammenhang nötig zwischen der Absicht und dem objectiven Erfolg der Diffamation: der Gefahr derselben für den Diffamirten.

Das andere (objective) Requisit der Diffamation anlangend, so müssen wir uns mit aller Entschiedenheit gegen das Aufgeben und für die Beibehaltung desselben erklären. Die freie Auffassung des Begriffs der Diffamation, welche von demselben abzusehen scheint, schloß sich an den mehrerwähnten Ausspruch des Baldus: Qui diffamat, adstringit se tacite ad agendum, quia diffamare est ad iudicium prouocare, an. Wir haben gesehen, wie es mit

---

94) v. Bayer a. a. O. § 53 Not. 2 S. 126. Ein interessantes mittelalterliches Glossar in einer Pergamenthandschrift der Kgl. Bibliothek zu Königsberg i. Pr. (No. 1150) hat: diffamo. as. uerbum actiuum. dicitur manifestare, publicare, detegere, diuulgare.

95) Vgl. auch Danz a. a. O. § 20 S. 28 u. 29 und die dort Angeführten. — Die Preuß. A. G. O. I. 32 § 1. braucht den Ausdruck: Wenn sich Jemand ꝛc. rühmt. Aber auch dieses „Rühmen" ist in dem Sinn von „Berühmen" aufzufassen, wie sich aus dem § 2 des angezogenen Titels der A. G. O. ergiebt. Da nun das Rühmen oder Berühmen nichts Anderes sein soll, als eine Uebersetzung des Worts diffamare, dieses aber = diuulgare ist, so möchte diuulgatio auch als Requisit der Diffamationsklage des Preuß. Rechts anzusehen sein.

den fraglichen Worten des Baldus steht, daß sie in der Allgemeinheit, wie sie aufgefaßt worden sind, von Baldus nicht verstanden wurden. Dazu kommt, daß der fragliche Satz — und wenn ihn Baldus wirklich so allgemein hingestellt hätte, wie ihn Spätere faßten — immer nur die Bedeutung einer unrichtigen wissenschaftlichen Ansicht haben würde. Liegt ja schon ein Widerspruch darin, daß auf der einen Seite fingirt wird: diffamare est ad iudicium prouocare, wonach die Diffamation der Klage gleichstände, während auf der andern gesagt wird: qui diffamat adstringit se ad agendum, was das Resultat ergäbe, daß man sich durch Diffamation = Klage zur Klage verpflichte. Wir glauben daher nicht, daß dieser Satz, der „Fundamentalsatz" sei, auf welchem das remedium beruht, wie neuerdings Wetzell[96] gemeint hat. Zwar ist die Zurückführung desselben auf das deutschrechtliche Gerüchte oder Gerüfte und Sachsensp. I. 62 § 1 recht anziehend, allein das Gerüfte hat in keiner Weise Aehnlichkeit mit der Diffamation, es kommt nur bei Kriminalfällen vor und leitet den Prozeß bei „handhafter That" ein, indem es zunächst den „Waffenruf" bezeichnet, durch welchen die Gemeindegenossen aufgefordert wurden, den auf der That ertappten, aber noch nicht gefangenen Verbrecher zu ergreifen, während im weiteren Verlauf des Prozesses „die Klage vor dem versammelten Gericht selbst mit Gerüfte erhoben wurde, was nun nur eine symbolische Bedeutung hatte."[97] Darauf bezieht sich jedenfalls die angeführte Stelle des Sachsensp. und wir können nicht erkennen, wie dieselbe in irgendwelcher Beziehung zu dem Satz: diffamare est ad iudicium prouocare stehen sollte.

Aus alle dem aber folgt, daß die aus einer dem Baldus zugeschriebenen falschen wissenschaftlichen Ansicht gezogenen Consequenzen, darunter die: daß jede Berühmung mit Ansprüchen — möge sie beschaffen sein, wie sie wolle — das remedium ex L. diffa-

96) A. a. O. S. 68 Not. 30.

97) Vgl. Ferd. Walter, Deutsche Rechtsgeschichte. 2. Ausg. Bonn 1857. 2. Bd. § 754 S. 419 f.

mari begründe, ebenfalls bloß die Bedeutung falscher wissenschaftlicher Ansichten haben, insonderheit da sie es nie zu allgemeiner Anerkennung weder durch die Theorie, noch viel weniger aber durch die Praxis[98] bringen konnten, vielmehr immer und immer wieder gegen sie ausdrücklich protestirt wurde. Dazu kommt, daß die Reichsgesetzgebung das zum Theil durch die Klage der Reichsstände hervorgerufene Bestreben an den Tag legt, den Mißbrauch, welcher mit dem ungebührlich weit ausgedehnten Rechtsmittel in der Praxis getrieben wurde zu beschränken, weshalb auch in dem schon oben citirten Passus der R. K. G. O. die Worte:

> oder in andere Weg, dem andern Theil zum Nachtheil und Beschwerung beschehen

besonders festzuhalten, zu betonen und als in dem J. R. A. § 83:

> (es soll bei dem Gebrauch des remedium ex L. diffamari) die Disposition sowohl der gemeinen Rechten, als der Reichssatzungen in gute Obacht genommen (werden),

nochmals eingeschärft zu erachten sind.[99]

Wie das practische Bedürfniß existirt, das objective Requisit des remedium festzuhalten zeigt sich auch da, wo Landesgesetzgebungen die prouocatio ex L. diffamari in dem unbestimmt-weitesten Umfang zulassen, wie z. B. die Preußische. Da bemühen sich

98) Daß z. B. die Praxis des R. K. G. das Requisit des Nachtheils festhielt, ergiebt sich aus Gylmannus, l. l. P. 1 tit. 9 pag. 554, wo gesagt ist, das Libell des Diffamaten müsse außer der Erzählung der Diffamation auch noch eine expositio periculi et damni inde dependentis enthalten. Vgl. Roding, Pand. Cameral. L. I tit. XIIII pr. (p. 160). Tafinger, Institutt. iurisprudent. cameral. Tub. 1754. II. 601.

99) In der Kgl. Sächsischen Praxis wird nach der Obseruatio zu Biener l. l. § 300 nicht erfordert, daß die Diffamation dem Diffamaten nachtheilig sei: „quum usus fori Saxonici ne diffamationem quidem ueram, i. e. talem, quae existimationi prouocantis nocet, uel aliud ei incommodum minatur (Ord. iud. Cam. a. 1555 P. II. T. XXV.) requirat." Wie diese Praxis sich auf die K. G. O. berufen kann, vermag ich nicht zu erkennen und halte daher dieselbe, da sie offenbar auf falsche Interpretation der angezogenen Stelle sich stützt, für verwerflich.

gerade practische Schriftsteller dadurch daß sie auf das gemeine Recht als mittelbare Quelle der Preußischen Gesetzgebung zurückgehen, dem remedium engere Gränzen zu ziehen; insonderheit behauptet Koch[100] „als Haupterforderniß des Provokationsrechts ex L. diffamari“ müsse — trotzdem daß die A. G. O. desselben nicht erwähnt — auch für das Preußische Recht angenommen werden: „daß nicht schon ein Bestreiten des Rechts oder Anspruchs, welches oder welchen der Andere zu haben vermeint, zur Begründung der Provokation genüge, vielmehr dazu ein dem Provokanten nachtheiliges Ausstreuen angeblich unwahrer Behauptungen, aus welchen der Diffamant für sich Rechte ableitet, gehöre.“ Auch Heffter[101], obwol, wie es scheint, mit Koch darin nicht übereinverstanden, daß man den weiten Umfang, welchen das remedium nach der A. G. O. hat, durch einschränkende Interpretation zu verengern suchen müsse, giebt zu, daß das remedium nach Preußischem Recht „nur unter der Voraussetzung jeder andern Klage statthaft, daß nämlich der Provokant ein rechtliches Interesse habe, einen gewissen Streitpunkt zwischen sich und dem Provokaten zur Entscheidung zu bringen“, was doch zuletzt auf das Erforderniß des drohenden Nachtheils hinaus kommt.

Somit stimmen wir schließlich im Wesentlichen mit Wetzell überein, wenn wir als Requisite für das remedium ex L. diffamari aufstellen:

1) Eine absichtlich, wenngleich nicht in dem bösen Willen zu schaden hervorgebrachte, mehr oder minder öffentliche Kenntniß von dem von Seiten des Diffamanten behaupteten Anspruch;

2) Ein aus diesem Verbreiten für den Diffamirten schon entstandener oder drohender Nachtheil, der nicht direct ein pecuniärer sein muß, sondern sich zunächst nur auf den guten Ruf, Credit rc. zu beziehen braucht.

---

100) A. a. O. §§ 394. 395.

101) Civilprozeß oder das gerichtliche Verfahren bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten im Gebiete des Allg. Landrechts für die Preußisch. Staaten. Berlin 1856. 8. § 218.

II. Die Selbständigkeit der Diffamationsklage.

§. 14.

Wir könnten nun darauf übergehen, eine Analyse des remedium ex L. diffamari zu versuchen. Aber da tritt uns gleich von vornherein eine Frage entgegen, bei der ebenfalls mit bloßem Raisonnement nicht viel auszurichten ist, die vielmehr lediglich auf historischem Weg sich beantworten läßt. Es ist zweifelhaft, ob auf Grund der Diffamation eine besondere Klage für den Diffamaten erwachse, mit welcher er die Anstellung der von dem Diffamanten behaupteten Klage erzwingen kann, oder aber ob durch den Gebrauch des remedium ex L. diffamari nur der Hauptprozeß eingeleitet wird, d. h., ob das remedium lediglich dazu dient, den Hauptprozeß anhängig zu machen. Diese Frage ist um so wichtiger, als sie mit derjenigen über die Competenz für das remedium im engen Zusammenhang steht.

Schon oben (§. 9 f.) wurde dargethan, wie unsere Frage von den späteren Italienern aufgeworfen und verschieden beantwortet wurde. Namentlich haben wir gesehen wie Marianus Socinus d. A. zwischen der condictio ex L. diffamari und dem remedium ex §° eleganter unterscheidet, indem er meint, daß Erstere für die Hauptsache keine Streithängigkeit wirke, wol aber Letzteres. Zugleich sahen wir, daß schon Bartolomäus Socinus anderer Ansicht war und es scheint, daß die Controverse weit früher entstanden ist, als zur Zeit der Socini.

Darin, daß dem Diffamaten gegen den Diffamanten keine eigentliche actio im strengen Sinne zustehe, stimmen die älteren Italiener überein. Die condictio ex L. diffamari ist eine neuere Erfindung. Früher wurde immer darauf hingewiesen, der Diffamat rufe das officium iudicis an.[102] Allein die imploratio officii iudicis ist doch am Ende auch eine Klage und wir unterscheiden

102) Azo in L. diffamari s. u. seu errore (*M.* p. 72) Baldus in L. diffamari n. 8 (*M.* p. 98) Angel. Aretinus l. l. (*M.* p. 115).

heutzutage zwischen Beiden auch nicht einmal dem Namen nach. Man denke z. B. an die in integrum restitutio, rücksichtlich deren die Glossatoren festhalten, es werde das officium iudicis implorirt[103]: wir sprechen da ohne alles Bedenken von „Restitutionsklagen".[104] Auch den Commentatoren scheint die Vorstellung nicht fern gelegen zu haben, es liege in der imploratio officii iudicis eine Klage, wenigstens sagt Baldus[105]: permittitur agere per officium iudicis und Alexander Tartagnus[106] mit Bezug auf die L. diffamari: non agitur ibi, ut imponatur silentium, sed ut ille cogatur agere.

So entstand denn die Frage: ist Derjenige, welcher das officium des iudex anruft, einerlei ob ex L. diffamari oder ex L. si contendat, als Kläger zu betrachten — was natürlich voraussetzt, daß das remedium einen besonderen, von der Hauptsache getrennten Prozeß veranlaßt — oder als Beklagter, nämlich in dem Hauptprozeß, der hier ausnahmsweise durch den „reus" anhängig gemacht werden könnte?

Bartolus scheint der ersteren Meinung sich angeschlossen zu haben. Es findet sich in dieser Beziehung bei ihm eine Stelle[107],

---

103) Vgl. z. B. Tancredi ord. iudic. P. II tit. 16 § 2 (Ed. Bergmann. Gotting. 1842. 4. pag. 179 lin. 29). Vgl. ebendas. P. IIII tit. 3 § 3 (Ed. Bergmann. pag. 282 l. 13 sqq.). Ueber die imploratio officii iudicis im Allg. und ihr Verhältniß zur actio vgl. besonders Durantis Specul. L. I part. 1 De officio omnium iudicum § 2 (iudicis) (Ed. Francof. 1592 pag. 136. 137) § 7 (Potest) (Edit. laudat. p. 143).

104) Schon Ulrich Tengler, Layenspiegel. Von rechtmässigen ordnungen inn Burgerlichenn und Peinlichen Regimenten rc. II. Theil (Ausg.: Meyntz bei Johan Schöffern 1531 [auf dem Titel 1536] fol. 86b) hat die Ueberschrift; „Minderjäriger Klag zu der Restitution." Wenn noch spätere deutsche Juristen bei dem remedium ex L. diffamari Gewicht darauf legen, es werde das officium iudicis implorirt, so geschieht das hauptsächlich, um die summarische Behandlung des Diffamationsprozesses zu rechtfertigen. Vgl. Lauterbach l. l. § III (p. 108).

105) In L. si contendat (*M.* p. 94).

106) In L. si finita § eleganter n. 22 (*M.* p. 124).

107) In L. si societatem (77) § arbitrorum ff. pro socio (17. 2) (*M.* p. 86).

die zwar direct nur auf das remedium ex L. si contendat sich bezieht, aber es ist interessant, zu sehen, wie selbst rücksichtlich dieses, Bartolus eine andere Ansicht hatte als diejenige, welche von Marianus Socinus d. A. als die unzweifelhaft richtige aufgestellt wird. Bartolus sagt:

> Sed regulariter uidetur, quod quilibet, ubi habet exceptionem, etiamsi non conueniatur, potest iudicis officium implorare, ne ab aduersario inquietetur. . . . . . Quaero quis erit iudex, cuius officium implorabitur? Credunt communiter aduocati, quod sit iudex appellationis, cum ista reductio sit quaedam appellationis species. . . . Contrarium puto, quia imo est iudex principalis causae. Quod apparet ex his, quae modo dixi. Nam si hoc petitur iure actionis, non est dubium, quod actor sequitur forum rei et deberet hoc examinari coram eo, qui esset iudex illius actionis. Idem si petitur per officium iudicis. . . . Vnum tamen puto aduertendum: quod, quando istud officium iudicis imploratur a reo cui exceptio competit, poterit ista reductio peti coram iudice ipsius rei, licet non sit iudex actoris. Ratio: quia cum ista exceptio modo examinetur principaliter, quae alias in iudicio actore agente examinaretur incidenter, potest examinari coram illo iudice, coram quo actor haberet necesse hanc actionem proponere. Nec in hoc actor grauatur, quia sic ipse de iure communi habet necesse facere.

Bartolus trennt die Hauptsache wol von dem remedium ex §° eleganter. Und wenn er auch sagt, daß Derjenige, welcher von dem remedium Gebrauch macht, nicht iure actionis, sondern per officium iudicis klage, so erkennt er doch an, daß auch in letzterem Fall regelmäßig der Satz gelte: actor sequitur forum rei, daß also in dieser Beziehung Klage und imploratio officii iudicis gleichstehe. Nur aus besonderen Gründen will er es gerade für das remedium zulassen, daß der Implorant vor seinem

Forum klage. Er hält dieß für eine Singularität, was daraus hervorgeht, daß er zur Rechtfertigung anführt, der Implorat werde dadurch nicht beschwert: quia sic ipse de iure communi (d. h. wenn die Sache den ordentlichen Rechtsweg, ohne daß von dem remedium Gebrauch gemacht wäre, ginge) habet necesse facere.

Aehnlich sagt Nicolaus Tudeschi[108], von der Regel actor sequitur forum rei macht der Fall eine Ausnahme: „si agatur super exceptione, ut quia reus originarius, antequam conueniatur, uult super exceptione agere, quod aliquando potest.... Hoc enim casu agendum est coram iudice coram quo ageretur, si ipse reus conueniretur, quia attendi debet causae naturalis origo, non quod accidentaliter contingit. Causa naturalis enim uincit accidentalem.

Es wird somit der Implorant als eigentlicher Kläger angesehen und demgemäß die Verhandlung darüber, ob seine Imploration zulässig, oder nicht, keinenfalls als ein zufälliger Bestandtheil des Hauptprozesses, sondern als eigenes selbständiges Verfahren in Folge der imploratio iudicis. Freilich ging bei dem remedium ex §^{0} eleganter die imploratio eben dahin, daß dem Imploraten perpetuum silentium auferlegt werde, es mußte also in die Verhandlung über die Zulässigkeit des remedium auch die Verhandlung über die Hauptsache mithineingezogen werden und es ging so gewissermaßen die Letztere in der Ersteren auf, nicht, wie man anzunehmen geneigt ist, umgekehrt. Jedenfalls hat die ungehörige Verbindung, in welche man später das remedium ex §^{0} eleganter mit der condictio ex L. diffamari gebracht hat, dazu beigetragen, aufzustellen, das remedium ex L. diffamari überhaupt sei nichts anderes als ein zufälliger Bestandtheil des Hauptprozesses, es komme demselben keine Selbständigkeit zu.

Daß aber dieser Satz so viele Anhänger gefunden hat und besonders von Theoretikern auf das hartnäckigste festgehalten wurde,

---

108) In cap. si quis contra (3) X. de foro competenti (2. 2) (*M.* p. 109).

darauf mag außer den Competenzverhältnissen[109] vorzüglich noch der Umstand eingewirkt haben, daß man vielfach der mißverstandenen Lehre des Baldus sich angeschlossen hatte. Dieser sagt im Commentar zur L. diffamari n. 9:

> Item in L. nostra est unum mirabile, quod reus prius introducit causam, quam actor. . . . Sed respondeo, quod diffamare est ad iudicium prouocare: et ideo reus iam est prouocatus ad causam: et sic non obtinet contrarium (*M.* p. 99).

Schon vorher (n. 8) heißt es:

> Item diffamatus non petit, se pronunciari liberum; ergo cum ad hoc non sit actum, non potest ferri sententia. . . . Bene tamen fuit actum ad hoc, ut terminus assignaretur diffamanti, implorato ad hoc officio iudicis. Super hac tamen petitione non oportuit litem contestari, quia talis petitio tendit ad praeparationem causae (*M.* p. 98).

Hier ist entschieden bloß von dem remedium ex L. diffamari, nicht von demjenigen ex §⁰ eleganter, das, wie wir sahen, Baldus läugnet, die Rede. Die Anwendung des Satzes diffamare est ad iudicium prouocare auf unser remedium giebt aber allerdings das Resultat, daß durch die Diffamation schon die Hauptsache anhängig gemacht sei. Erinnern wir uns, daß Baldus bloß Diffamationen vor Augen hat, die vor dem Richter geschehen sind, so verliert seine Ansicht das Auffällige; selbst wenn wir uns ein Beispiel denken, an das Baldus jedenfalls nicht gedacht hat, die gerichtliche Berühmung mit einer persönlichen Klage. Nehmen wir an: A behauptet beiläufig vor dem Richter, der B schulde ihm 100, so kann man das wol ansehen als eine Art von Klage; und wenn nun B darauf besteht, daß die Sache weiter fortgeführt werde, daß A wirklich seinen Anspruch gerichtlich geltend mache, so, als ob B nur die Fortsetzung der einmal begonne-

109) Darüber unten am Schluß der Abhandlung.

nen Klage beanspruche. Dann läßt sich allerdings sagen, die Bitte des B diene nur zur Vorbereitung der Hauptsache oder mit andern Worten, sie sei eine bloße Prozeßbitte in dem Hauptprozeß.

Wie schon erwähnt, wurde die Ansicht des Baldus von Späteren auch auf außergerichtliche Diffamationen aller Art bezogen. Rücksichtlich dieser raisonnirte man nun wie folgt: Es wird fingirt, daß Derjenige, der eines Anspruchs sich berühmt, durch die Berühmung selbst als Kläger vor dem Richter auftrete. Wenn nun der Diffamat fordert, daß der Diffamant seine Behauptung klagend durchführe, so verlangt er eigentlich nur Fortsetzung der schon begonnenen Hauptsache, er bringt bloß eine Prozeßbitte an, er tritt keineswegs als Kläger in einem besonderen Prozeß, sondern nur als Beklagter in dem Hauptprozeß auf. So scheint nach dem Referat des Alexander Tartagnus[110] schon Bartolomäus de Saliceto die Sache aufzufassen:

> — nemo compellitur agere, nisi diffamaret reum de debito . . . .; postquam is, qui se creditorem dicit litem mouit, tunc reus hoc petere potest . . .; ante uero non potest, nisi diffamatione procedente.

Das diffamare steht also dem litem mouere gleich, durch die Diffamation scheint der Kläger den Hauptprozeß zu beginnen. Es ist nun natürlich, anzunehmen, daß die Auflage, den durch die Diffamation einmal begonnenen Prozeß durch förmliche Klagerhebung fortzusetzen, nur von dem Richter jenes geschehen könne. Dieser ist regelmäßig der Richter des reus, des Diffamaten. Somit mußte dieser seine Bitte um Anberaumung eines Termins zur Klage vor seinem eigenen Richter vorbringen. Nun war es aber möglich, daß der Diffamat mehrere Richter hatte, die sämmtlich für die zu verhandelnde Sache competent waren. Unter diesen würde dem Kläger, wenn er ohne Diffamation und folgende Klagauflage geklagt hätte, die Wal zugestanden haben. Durfte ihm diese Wal dadurch entzogen werden, daß der Diffamat einen jener Richter um die ter-

110) In L. finita § eleganter etc. n. 25 (*M.* p. 126).

mini assignatio anging? Die consequentere Meinung wäre gewesen zu sagen: der Diffamant beginnt durch die Diffamation den Hauptprozeß ohne eigentliche Klage, er zeigt dadurch, daß es ihm gleichgültig ist, vor welchem der mehreren competenten Richter die Hauptsache verhandelt werde, er verliert also sein Walrecht und dieses geht auf den Diffamaten über. Diese Ansicht wurde auch von manchen Italienern z. B. nach Blarers[111] Angabe von Felinus Sandeus[112] vertreten. Andere aber bekennen sich unumwunden zur entgegengesetzten Meinung, so, mit Berufung auf seine Lehrer Andreas Barbatia (?) und Joannes Baptista Caccialupus, Bartolomäus Socinus[113]:

> Sed in terminis dict. L. diffamari licet reus implorauerit officium iudicis coram uno ex suis iudicibus: tamen actor prouocatus potest eum conuenire coram alio iudice ipsius rei.

Dadurch verlor man freilich wieder den Boden, welchen man durch die Fiction: diffamare est ad iudicium prouocare gewonnen hatte. Denn wenn man zugab, es ist nicht nötig, daß die Hauptsache bei dem Richter verhandelt werde, bei welchem das remedium durchgeführt wurde, oder, m. a. W., die Anhängigmachung des remedium wirkt keine Prävention resp. Streithängigkeit für die Hauptsache, erkannte man auch die Selbständigkeit des remedium an.

Wie dies schon Marianus Socinus d. A. gefühlt und durch die Unterscheidung der „condictio ex L. diffamari" und der auf Grund der Diffamation erhobenen imploratio officii iudicis ex §° eleganter einen Ausweg gesucht hatte, wurde Oben gezeigt. Anderwärts wird der Diffamat geradezu als „Kläger" in dem Diffamationsprozeß bezeichnet, so in einer Neapolitanischen Entscheidung

---

111) L. I. C. IIII, 55. 56.

112) In cap. cum sit generale (8) X. de foro competenti (2. 2) Vgl. auch Wetzell a. a. O. § 13 S. 68 Not. 33.

113) Cons. Vol. III. Consil. 94 n. 5. (*M.* p. 140.)

bei Matthäus de Afflictis.[114] Auch ist noch erwähnenswert, daß Baldus[115] ausdrücklich sagt:

Assignatio termini ad probandum fit sine libello,

während später, wie schon Angelus Aretinus[115b] behauptet, das remedium bei dem Richter durch einen besonderen Libell des Diffamaten eingeführt wurde.

§. 15.

Die deutschen Juristen wurden von jeher durch noch zwei Dinge an einer unbefangenen Auffassung des remedium ex L. diffamari gehindert: 1) durch die ganz ungerechtfertigte Vermengung mit dem remedium ex §° eleganter, die den Meisten nicht einmal zum Bewußtsein kam; 2) durch die ebenfalls ungerechtfertigte Zurückführung des remedium ex L. diffamari auf den Satz: diffamare est ad iudicium prouocare. Wie die erstere zu der jedes ordnungsgemäße prozeßualische Verfahren zerstörenden prouocatio ad probandum geführt hat, ist schon Oben gezeigt. Schlimmer aber war es, daß man diese prouocatio ad probandum und die damit zusammenhängende Behauptung, dem remedium komme keine selbstständige Natur zu, wissenschaftlich rechtfertigen zu können glaubte durch den Ausspruch: diffamare est ad iudicium prouocare.

So sagt Mynsinger:[116]

Diffamare est ad iudicium prouocare ideoque diffamatus dicitur reus iam prouocatus ad causam;

und Carpzov:[117]

Etsi enim nonnulli uelint, diffamatum actoris loco esse,

---

114) Dec. Neapolit. 268 n. 4. Vgl. Blarer l. l. C. 4 n. 2.

115) In L. diffamari n. 10. (*M.* p. 99.)

115b) L. l. (*M.* p. 115).

116) Singularium obss. camerae cent. VI. Helmstad. 1594. Fol. Centur. VIa Obs. 90.

117) Jurisprud. forens. Pars I. Const. VII Def. 27 n. 4—6. Vgl. Carpzov. Proc. iur. in for. Saxon. Tit. VIIII articul. IIII. n. 48 und Responsa iuris (Lips. 1683 Fol.) Lib. II tit. II resp. 34 n. 5 sqq. Carpzov bleibt sich übrigens in dieser, wie in anderer Beziehung nicht ganz gleich. Vgl. unten bei Not. 126b.

quod prior ad iudicium prouocet; cum actor ille dicatur, qui prius mouit litem ....: attamen contrarium procul uerius est: tum quod diffamare sit tacite ad iudicem diffamati prouocare, tum quod remedium L. diffamari non sit actio, sed imploratio officii iudicis...

Auf solchen Grundlagen war es leicht zu sagen: da die Diffamation anstatt der Klage, ist die Provokation gleichsam negative Einlassung mit der Aufforderung an den Kläger, seine Klagbehauptung zu beweisen; es kann daher gleich zum Beweis provocirt werden. Wir haben nach dem bereits Vorgetragenen nicht nötig gegen diese in der Praxis einst so mächtige[118] prouocatio ad probandum zu Felde zu ziehen. Man hat sie heutzutage ziemlich allgemein aufgegeben[119]; sie wurde hier bloß erwähnt, um zu zeigen, zu welchen Consequenzen falsche theoretische Grundlagen hinführen konnten. Aber um diese selbst zu entfernen, müssen wir wieder zu dem Streit über die Selbständigkeit des remedium zurückkehren, der trotz aller Irrthümer und Verwechselungen auch in Deutschland heftig fortgeführt wurde. Eine klare Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten giebt Jacob Ayrer.[120] Die Einen, sagt er, behaupten, der Diffamat sei Kläger:

1) Quod ille, qui primo ad iudicium prouocauit uel litem mouit, actor sit atque dicatur.

2) Weil den Excommunicirten das remedium nicht zusteht und zwar deshalb, weil Excommunicirte nicht legitimam perso-

---

118) Auch auf Partikulargesetzgebungen hat sie ihren schlimmen Einfluß geübt z. B. auf die sächsische. Vgl. Erl. Proz.-Ordn. v. 1724 Tit. V § 5.

119) Vgl. vor Allen, die dagegen sich erklärt haben, Mittermaier a. a. O. S. 257 — S. 262. Ueber die prouocatio ad probandum bei Injurien werden wir unten sprechen. — Eine mehr als gemütliche Rechtfertigung der prouocatio ad probandum findet sich bei Ludovici, Einleitung in den Civilprozeß. Kap. V §. 3: „— es wird ihm (dem Diffamanten) allhie weiter nichts auferlegt, als daß er beweisen solle, was er geredet, worüber er sich so gar nicht zu beschweren, da es auch das natürliche Recht erfordert, und kein einziger Richter in der ganzen Welt anders sprechen kann."

120) A. a. O. Cap. I Obseruat. V.

nam standi in iudicio haben ad agendum, während sie wohl zugelassen werden ad defendendum; hieraus aber sei zu entnehmen, daß der excommunicirte Diffamat, da er von dem remedium nicht Gebrauch machen könne, keineswegs lediglich als Beklagter aufzufassen.[121]

Indessen fährt Ayrer fort, ist doch die entgegengesetzte Ansicht richtiger:

1) Quod diffamans eo ipso, quod diffamat, actor sit et hoc pacto ad iudicem diffamati trahitur.

2) Tum quod potius attendenda sit origo naturalis causae, quam accidentalis — —. Sed origo naturalis indicat istam coram iudice diffamati principaliter agendam.

3) Tum quod diffamare sit ad iudicium prouocare et diffamans eo ipso, quod diffamat, ad iudicem diffamati prouocare adeoque agere uelle intellegitur.

4) Tum quod remedium d. L. diffamari non sit actio, sed imploratio iudicis — —. Hinc consequens est, quod diffamatus non actor, sed uere et naturaliter reus, et ad causam prouocatus sit.

Diese Gegengründe Ayrers sind leicht zu entfernen. Denn Nro. 1 u. 3 stützen sich auf die schon vielfach erwähnte dem Baldus zugeschriebene, falsche doctrinäre Ansicht. Nro. 2 enthält eine petitio principii, indem Dasjenige was erwiesen werden soll, nämlich daß das remedium eine accidentalis causa veranlasse, vorausgesetzt wird. Nro. 4 endlich würde zu dem entschieden unrichti-

121) Dergleichen Gründe lassen sich mehrere aufführen. So behauptete Paulus de Castro u. A. nach dem Referat des Vlrich Zasius (in L. Libertus. [14] ff. de in ius uocando [2. 4] n. 5. Opp. omn. Lugd. ap. Seb. Gryphium. 1550. Fol. Tom. I.) der Libertus, welcher gegen den Patron das remed. ex L. diffamari gebrauche, verfalle der Strafe des prätor. Edicts, wonach der Libertus als Kläger zu betrachten wäre. Zasius freilich ist entgegengesetzter Meinung und sagt: Videbatur quod non incideret: quoniam si patronus ageret, libertus iam reus constitueretur, sed reus potest se defendere.

gen Satz führen, daß Derjenige, welcher das officium iudicis anrufe, immer als reus zu betrachten sei.

Auch die Polemik Ayrers gegen die Gründe der Vertheidiger der andern Ansicht ist unglücklich. Namentlich will es ihm nicht gelingen, die Schlußfolgerung zu entfernen, welche man darauf gründet, daß Excommunicirte nicht klagen, wol aber sich vertheidigen können und daß dem Excommunicirten das remedium nicht zustehe. Was er dagegen erwähnt: „prouocando dicuntur rei uoluntarii, unde illis remedium L. diffamari non datur“ ist nicht geeignet irgend welches fördernde Licht auf das Verhältniß zu werfen.

Ayrer beruft sich für seine Ansicht auf die Praxis des R. K. G. und citirt rücksichtlich dieser namentlich Gaill. Allein diesen hat er offenbar mißverstanden. Denn wenn es schon in der obseruat. VIIII lib. I n. 7 heißt:

> Et licet nonnulli uelint, diffamatum actoris loco esse, quod prior ad iudicium prouocet, quia actor ille dicitur, qui prius mouit litem...., tamen communis opinio in contrarium est, quam etiam camera sequitur,

so wird doch hinzugefügt:

> quoad causam principalem

und dabei auf die obseruatio XI verwiesen. In dieser aber wird mit Nachdruck hervorgehoben:

> Praeterea autem meminisse oportet, in causis diffamationum tam de iure communi, quam ex constitutione imperii, duplex esse iudicium: Primum diffamatorium, in quo de ueritate iactationis, aut traductionis, aut impositione perpetui silentii tractatur .... Secundum actionis, siue causae principalis, in quo diffamator intra terminum praefixum, de iure suo ciuiliter agere, uel criminaliter accusare debet. In primo iudicio diffamatus pro actore habetur: in altero diffamator: et sic qui in primo iudicio diffamatorio reus erat, in secundo actor est.

Die Praxis des R. K. G. war in der That die, den Diffamaten im Diffamationsprozeß als Kläger, den Diffamanten als Beklagten anzusehen. Darauf deuten nicht bloß Aussprüche anderer Kameralschriftsteller[122] hin, sondern auch die Formulare in Gaills 12. obseruatio des 1. Buchs zeigen, wie man jene Parteibezeichnungen in richterlichen Decreten und Urteilen gebrauchte. So heißt es:

> In Sachen L. diffamari, D. Klägern an einem, und E. Beklagten andern Theils, ist erkendt, daß gemelter Beklagter, von fürbrachter Petition zu absolviren ꝛc.

und:

> In Sachen L. diffamari, F. Klägers, wider G. Beklagten, ist auß fürbrachten Ursachen, gedachtem Beklagten Zeit dreyer Monat, seine angemaßte Spruch und Forderung an diesem Käyserlichen Kammergericht.... wie recht, außzuführen hiermit angesetzt ꝛc.

Diese Form machte freilich später der Bezeichnung Platz:

> In Sachen N., Diffamaten und Provokanten an einem, c/a M., Diffamanten und Provokaten am andern Theil ꝛc.;

allein daß die Auffassung der deutschen Praxis doch die war, durch das remedium werde ein selbständiger, eigener Prozeß, unabhängig von der Hauptsache eingeleitet, geht daraus hervor, daß man in Urteilen ohne Bedenken den Ausdruck: „Auf angebrachte Diffamationsklage ꝛc." gebrauchte[123] und daß die Ausdrücke processus diffamatorius, Diffamationssachen, Diffamationsklagen ꝛc. in Aller Mund waren.[124]

---

122) Roding, Pandect Cameral. I. 14 n. 1: „actio ex constitutione L. diffamari" und dazu Commentar. ad uu. actor u. reus (p. 101). Vgl. ibid. III. 47 (p. 333). Schwanmann, Proc. cameral. L. 2 c. 22 n. 2. Letzteres Buch stand mir nicht zu Gebot. Ich citire es nach Everhardi Fabricii Repetitiones Gaillii. Col. Agr. 1727. 4. p. 8.

123) Vgl. z. B. Collegium practicum in Samuelis Strykii introductionem ad praxin forensem caute instituendum etc. Wittenbergae 1726. 4. Sect. III. Membr. II § II.

124) Vgl. ebendas. Supplementum introductionis ad praxin ad Cap. V. §. XI. p. 108 (nach Anleitung des Diffamation-Processus). Stryk,

Diesen Thatsachen gegenüber ist die von Zeit zu Zeit wiederholte Behauptung, daß „der Prouocant kein rechter Kläger sei"[125], ohne Bedeutung. Die unbefangene Auffassung der Praxis, der sich schon Hieronymus Schurpf[126] nicht hatte entziehen können, der sich selbst Carpzov[126b] seinem Ausspruch: „hoc in iudicio (L. diffamari) agens et diffamantem ad agendum prouocans rei partes sustinet non actoris gegenüber, hatte zugeben müssen, daß ein Unterschied bestehe zwischen dem iudicium diffamatorium und der actio principalis, „ex quo accidit, ut qui actor sit seu prouocans in iudicio diffamatorio, sit reus in iudicio actionis seu causae principalis et rursus qui fuit reus in iudicio diffamatorio in iudicio principali fiat actor", drängte dazu, das remedium ex L. diffamari als eine selbständige Klage zu betrachten, mochte auch eine verkünstelte Theorie aufstellen, was sie immer mochte.

So meinen wir denn, daß der Holländer Voet[127] und die

Introductio ad prax. for. Cap. V § XIII p. 57 (processus diffamationis). Sächsische Erl. Proz. Ordn. v. 1724 Tit. V §§ 5. 6. (Diffamation-Prozeß, processus ex L. diffamari, Diffamation-Klage, Einlassung und Antwort auf die Diffamation-Klage ꝛc.) Berger, Oec. iur. IIII. 32. n. 12 u. 13 (actio diffamatoria). Joh. Ulr. v. Cramer, Wetzlarische Nebenstunden ꝛc. 37. Theil. Ulm 1763 S. 159 (Actio ex L. diffamari) S. 162 (ebenso). v. Leyser, Meditation. ad Pand. Spec. 81 n. 4 p. 182 (Diffamations-Sache). Preuß. Allg. Ger.-Ord. I. 32, namentlich §§ 2. 3. Vgl. dazu Koch, Preuß. Civilproz. § 394 S. 737. § 395 (Diffamationsprozeß). — Auch Martin, Vorlesungen I S. 498 berichtet, daß noch in neuerer Zeit in der Praxis nicht selten von „Provokationsklagen" die Rede sei. Vgl. dazu Martin, bürgerl. Prozeß § 98 Note e.

125) So z. B. Ludovici. Einleitung. Cap. V § 4.

126) Consil. cent. I. cons. 31 in pr.: Infamatus de aliquo crimine uel debito potest instituere actionem aduersus diffamantes, petendo illis assignari terminum ad agendum etc.

126b) Process. iur. in foro Saxonico. Tit. VIIII art. IIII n. 48 und anderwärts (s. o.) Vgl. mit Tit. XX art. I n. 19 sqq. Cf. ibid. art. II n. 3. 4. 5. 6. u. dagegen ibid. n. 17 sqq. 31 und anderwärts, namentl. Respons. L. II. tit. II resp. 34 n. 11 sqq.

127) Comm. ad Pand. V. I. 23.

Deutschen Mevius[128], Joh. Brunnemann[129], Lauterbach[130] u. A. Recht haben, wenn sie streng zwischen dem Prozeß wegen der Diffamation und dem Hauptprozeß unterscheiden. Namentlich unterschreiben wir die Aeußerung des Mevius:

> Proposita a diffamante actione nouum iudicium inchoatur etc.[131]
>
> — ex qua condictione (L. diffamari) diffamator sequitur forum diffamati, qui in eo actor est etc.[132]

und:

> iudicium duplex est in causis diffamationum: nempe diffamatorium et actionis.[133]

Auch die Reichsgesetzgebung scheint sich zur richtigen Ansicht hinzuneigen, indem die K. G. O. v. 1555[134] ausdrücklich zwischen dem Provokationsprozeß und dem Hauptprozeß unterscheidet und sagt: „die ansuchende Parthey" in ersterem sei „Antwurter" — d. i. nach dem alten Gerichtssprachgebrauch: Beklagter[135] — „in der Haupt-Sach." Auch der J. R. A.[136] erwähnt der „Processen" ex L. diffamari und der „Haupt-Sach." Außer den angeführten Thatsachen, aus denen sich sattsam ergiebt, wie dem remedium ex L. diffamari eine selbständige Natur zukomme, lassen sich für diese noch eine Reihe sachlicher Gründe anführen, denen wir aber besser erst unten gelegentlich unsere Aufmerksamkeit schenken. Nur Eines

128) Dec. I. 198. VI. 9. VIII. 69 Not. 3. VIII. 234 Not. 4. — Comm. in ius Lubecense L. V. Francof. ad Moen. 1664 Fol. I. IIII. 3. 7. 8.

129) Comm. in Pand. (Ed. IIIa Fracof. a. M. 1692) L. V tit. I l. 30 n. 7. Cf. auch II. I. 18 n. 4 u. V. I. 2 n. 15.

130) Colleg. theoretico-practicum XL. 14 § II.

131) Dec. VIII. 234 Not. 4.

132) Dec. VI. 9. Cf. auch Carpzov, Process. iur. Tit VIIII art. IIII n. 54 und anderwärts.

133) Comm. in ius Lubec. l. l.

134) II. 25.

135) Der „Antwurter" wird dem „klager" gegenübergesetzt; so in dem sog. Senckenberg'schen Gerichtsbüchlein im Corp. iur. Germanic. etc. e Bibliotheca Senckenbergiana etc. Ed. G. G. Koenig de Koenigsthal. Francof a. M. 1760. Fol. T. 1 p. II p. 150.

136) § 83.

will hier noch berührt sein, nämlich der Hauptgrund, welchen unsere Gegner für die Unselbständigkeit des remedium aus den Competenzverhältnissen entnehmen zu können glauben. Die Streitfragen über diese sollen hier noch nicht behandelt werden. Wir nehmen vorläufig mit den Gegnern an, das Forum des Diffamaten sei für das remedium das ausschließlich competente. Wollten wir aber daraus die Unselbständigkeit des remedium folgern, so würden wir in anderer Beziehung in Verlegenheit kommen. Wäre nämlich das remedium nicht ein selbständiges Rechtsmittel, das einen besonderen Prozeß nach sich zieht, wäre es bloß gewissermaßen eine Beantwortung der durch die Diffamation erhobenen Klage, so müßte das competente Gericht des Diffamaten, bei welchem die Quasi-Klagbeantwortung eingereicht worden, consequenterweise die ganze Sache bis zu Ende instruiren, denn: ubi lis coepta est, ibi debet finiri. Es müßte etwa fingirt werden, der Diffamant habe bei dem Gericht des Diffamaten die Klage erhoben, welches der Letztere zu seiner Klagbeantwortung (zum remedium) ausgewält. Danach müßte durch den Gebrauch des remedium Streithängigkeit mit allen ihren Folgen eintreten. Dem ist aber nicht so. Es wird fast einstimmig gelehrt:

Citatio ex L. diffamari non inducit praeuentionem.[137]

Wenn also „hinsichtlich der Hauptsache mehre Gerichtsstände

---

137) Wenige Sätze der Lehre vom Diffamationsprozeß sind so allgemein anerkannt, als der Obige. Von Schriftstellern vgl. Glück a. a. O. S. 494 u. die dort (Not. 93) Citirten. Außerdem Gaill, Obs. I. 11 n. 3 u. 4. Carpzov, Process. iur. in for. Saxon. T. XX. art. II. n. 17 sqq. Resp. lib. 2 resp. 34. Voet 1. 1. Meuius, Dec. I. 198. III. 350. VI. 9 not. 6. Brunnemann, Comm. ad Pand. V. 1. 30. Lauterbach, Coll. theoret. practic. XL. 14 § III. Danz, Summar. Proz. § 23. Biener, System. § 300 i. f. v. Bayer a. a. O. § 55 i. f. S. 136. — Gaill berichtet, daß bei dem R. K. G. jener Satz anerkannt worden sei; die Reichsgesetze, wie unten dargethan werden wird, weisen ebenfalls darauf hin. Erst neuerdings hat Wetzell (a. a. O. S. 68 Not. 33) auf Felinus Sandeus und Blarer (der übrigens eine Mittelmeinung vertheidigt; cf. IIII. 55. 56) zurückgehend, die entgegengesetzte Ansicht wieder aufgenommen und zwar, weil er dem Satz diffamare est ad iudicium prouocare folgend, meint, die Provokation sei ein Contumacialantrag. Darüber unten.

gegen den Diffamaten begründet sind, so verliert der Provokat durch die bei Einem dieser Gerichte angebrachte Provokation das Recht nicht, die Hauptklage bei einem andern anzustellen"[138], ebenso wie bei etwaiger elektiver Klagenconcurrenz troß der Provokation dem Diffamanten die Wal bleibt.[138b] Das läßt sich nur erklären, wenn man annimmt, daß mit Anstellung der Hauptklage ein neuer selbständiger Prozeß beginne, der mit dem vorhergehenden nichts zu thun habe, woraus hinwiederum folgt, daß auch dem remedium ex L. diffamari Selbständigkeit zukomme. Wollen wir hier der einfachen und naturgemäßen Anschauungsweise folgen, so müssen wir freilich die Annahme, das Gericht des Diffamaten sei das ausschließlich competente auf andere Weise erklären, als dieß gewöhnlich geschieht. Wir erkennen aber, um dieß gleich zu sagen, die ausschließliche Competenz des Gerichts des Diffamirten nicht an und fassen die Competenz desselben überhaupt als eine Singularität auf. Indessen scheint es uns angemessener, Dasjenige, was wirklich ein Ausdruck realer Erscheinungen und ein Resultat praktischen Bedürfnisses ist, stehen zu lassen, als einem jedenfalls zweifelhaften Schulsatz zu Liebe der entgegengesetzten Ansicht zu huldigen.

B. Die rechtliche Natur der Diffamationsklage.

§. 16.

Wenn man das remedium ex L. diffamari als remedium extraordinarium auffaßt[139], wenn man dasselbe als präparatorisches Rechtsmittel bezeichnet[140], so wollen wir nicht dagegen eifern;

138) v. Bayer a. a. O.

138b) Menius, Dec. VIII 169. I. 198 n. 4.

139) Alexander Tartagnus l. l. n. 23 (*M.* p. 125). Caepolla Cautela CCXLII (*M.* p. 132). Brunnemann Comm. in Pand. V. I. 30 n. 9. Berger, Oec. iur. IIII. 32. 1.

140) Baldus in L. diffamari n. 8. (*M.* p. 98). Carpzov, Proc. iur. Tit. XX art. I n. 24 und anderwärts. Stryk, Introductio ad praxin forensem. C.V § 13. Berger l. l. Io. Aug. Hellfeld, Jurisprudent. forensis. Ed. IIIa. Ien. 1796. 8. § 533. Danz a. a. O. § 22. Uebrigens bemerkt Biener, Syst. § 299. ganz richtig, der Diffamationsprozeß könne nur

wir verlangen bloß, daß man zugebe, das remedium habe „die Erörterung und Entscheidung einer für sich bestehenden Streitfrage zum Gegenstand"[141]; ähnlich wie etwa das Possessorium auch präparatorische Sache für das Petitorium ist, während doch sicher jedes von Beiden einen durch selbständige Klage eingeleiteten besonderen Prozeß veranlaßt. Jedenfalls ist der Diffamationsprozeß eine präparatorische Sache besonderer Art, die, wie Chr. Martin[142] sagt, wesentlich von andern präparatorischen Sachen abweicht. Mag dem aber sein, wie ihm wolle: für die Erkenntniß der Natur unseres Rechtsmittels ist durch die Ausdrücke „außerordentliches Rechtsmittel" oder „präparatorisches Rechtsmittel" so gut wie nichts gewonnen; es wird also die Sache von einer andern Seite angegriffen werden müssen.

Nach den vorstehenden Erörterungen tragen wir kein Bedenken, auszusprechen, daß man heutzutage gerade so gut und eigentlich von Diffamationsklagen reden könne, wie man von Besitzklagen, Restitutionsklagen, Arrestklagen 2c. spricht und daß der Diffamationsklage eben so gut ein subjectives Recht des Klägers, d. h. eine durch die Rechtsregel anerkannte Macht und Herrschaft über Sachen oder Personen, zu Grunde liege, wie jenen andern Klagen.

Rücksichtlich der Letzteren dies nachzuweisen ist hier nicht am Ort. Was aber unsere Diffamationsklage anbetrifft, so ist es gewiß eine rechtliche Macht und Herrschaft über eine Person, wenn ich ihrer nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen anerkannten Willensfreiheit, eine Klage anzustellen oder nicht anzustellen, gegenüber verlangen kann, daß sie jetzt klage. Ihr Wille ist eben nicht mehr frei, er ist meinem Willen partiell unterworfen. Somit hat

---

dann ein präparatorischer genannt werden, wenn der Provokat von der Hauptklage Gebrauch mache: quod si uero prouocatus principalem actionem non instituit, iudicium est principale.

141) v. Bayer a. a. O. § 55 S. 124.

142) Bürgerl. Proz. § 98 vgl. mit § 55 Not. 9. Weiter ausgeführt: Martin Vorll. ad § 48. — In dem Preuß. Prozeß sind Diffamationsklagen entschieden nicht präparatorisch. Koch a. a. O. S. 737.

der Diffamat gegen den Diffamanten ein Recht. Was aber der Erstere von dem Letzteren rechtlich verlangen kann, ist die Anstellung der Klage[143], also die Aeußerung eines Willens oder eine Handlung. Somit stellt sich jenes Recht als Recht auf eine Handlung heraus, oder m. a. W. als eine Obligation.[144] Man wird mir nun freilich gleich einwenden, die Handlung, welche der Forderungsberechtigte verlangen könne, müsse immer einen Vermögenswert haben[145], die Anstellung der Klage durch den Diffamanten brauche aber nach unserer eigenen Aufstellung für den Diffamaten nicht notwendig ein directes Vermögensinteresse zu enthalten. Allein der ökonomische Grundgedanke des ganzen Instituts ist doch, wie unten gezeigt werden soll, am Ende der, einen dem Diffamaten durch Schmälerung seines guten, soliden Rufs drohenden Vermögensnachtheil abzuwenden. So knüpft sich denn allerdings an die Anstellung der Klage durch den Diffamanten, wenn auch nur mittelbar und noch nicht genau bestimmbar ein vermögensrechtliches Interesse des Diffamaten. Dieß würde schon nach R. R. genügen, um eine Handlung als möglichen Gegenstand einer

---

143) Dieß hat schon Ioannes de Imola gesehen. Er sagt — nach Alexander Tartagnus l. l. n. 22 (*M.* p. 124) —: praeterea non agitur ibi, ut imponator silentium, sed ut ille cogatur agere. Vgl. ebendas. n. 25 (*M.* p. 126). Bartol. Socinus Cons. Vol. III Cons XCIII n. 5 (*M* p. 141): remedio legis diffamari actor intentans agere cogitur agere in termino, quo elapso imponitur silentium — Die impositio silentii hat Manche irre gemacht, indem sie diese als den eigentlichen Zweck der Diffamationsklage ansahen. — Von Neueren hat das Richtige besonders hervorgehoben J. F. E. Lotz, Civilistische Abhandlungen. Koburg. 1820. 8. S. 163.

144) Wir läugnen daher, was Chr. Martin, Vorlesungen § 98 sagt: „(bei den Provokationen) besteht zunächst der Gegenstand des Rechtsstreits weder in einem außergerichtlichen Rechtsverhältniß, noch in einer außergerichtlichen Prästation, sondern nur in der prozeßualischen Obliegenheit, innerhalb einer vom Gericht bestimmten Frist klagend auftreten zu müssen." Es ist eben keine bloße „prozeßualische Obliegenheit", wenn Jemand zu einer prozeßualischen Handlung in einem noch nicht anhängigen Rechtsstreit oder vielmehr zur Anhängigmachung des Rechtsstreits selbst gezwungen werden kann. — Einen unerwarteten Bundesgenossen für meine schon früher beiläufig geschehene Aufstellung habe ich gefunden in B. Windscheid, Die Actio. Abwehr gegen Dr. Th. Muther. Düsseldorf. 1857. 8. S. 28.

145) Puchta, Pandekten § 220.

Obligation erscheinen zu lassen[146], unsere heutigen Rechtsbegriffe sind aber in dieser Beziehung noch freier.

§. 17.

Eine leicht erkennbare Aehnlichkeit hat in gewisser Beziehung unsere Verpflichtung zur Anstellung einer Klage mit den Römisch-rechtlichen Verpflichtungen praetoriae stipulationes einzugehen, die darauf hinzielen, „ein neues Klagrecht zu begründen" (cautionales).[147] Wenn die Römer nicht dazu gekommen sind diese Verpflichtungen als wirkliche Obligationen anzusehen, so hat das lediglich seinen Grund in prozeßualischen Verhältnissen, darin, daß jene Stipulationen nicht mit eigentlichen actiones erzwungen wurden, sondern so, daß man vom Prätor die Ausfüllung resp. modificirte Ertheilung eines der Formulare forderte, die er im Album aufgestellt und versprochen hatte. Geradeso wie man bei der actio die Ausfüllung resp. Ertheilung der im Edict proponirten Formel verlangte, suchte man hier um Ausfüllung resp. Ertheilung der proponirten Stipulationsformel nach. Wie vor Ertheilung der Klagformel Verhandlungen über die Redaction derselben vor dem Prätor stattfanden, so auch bei den praetoriae stipulationes. Darauf bezieht es sich, wenn man von den praetoriae stipulationes cautionales sagte: actionis instar habent und so ist es zu erklären, wenn Ulpian[148] die praetoriae stipulationes, welche „actionum instar optinent" geradezu mit unter die actiones d. h. die Klagformeln einrechnet. Wenn man aber das Formular der prätorischen Stipulation möglicher Weise als actio betrachten konnte, so muß, wenn man actio in der Bedeutung von: Recht auf die actio d. h. die Klagformel braucht, in diesem Sinn auch das Recht auf die prätorische Stipulation actio genannt werden können. Wir wissen, daß die Römer dies nicht gethan haben, allein, daß sie

146) Arndts, Pandekten § 202 sub 3.

147) v. Keller, Röm. Civilproz. 2. Aufl. § 77 S. 315.

148) Fr. 37 de O. & A. (44. 7).

nicht fern davon waren, es zu thun, zeigt sich am besten in Fr. 10 § 3 de compensationib. (16. 2) von Ulpian:

> In stipulationibus quoque, quae instar actionum habent, id est praetoriis, compensatio locum habet; et secundum Julianum tam in ipsa stipulatione, quam in ex stipulatu actione poterit obiici compensatio.

Das „in ipsa stipulatione poterit obiici compensatio" heißt nichts Anderes, als der zur Stipulation Verpflichtete kann verlangen, daß in die Stipulationsformel seine Gegenforderung aufgenommen werde[149], so daß z. B., wenn er zu promittiren hatte, er werde einen drohenden Schaden vergüten, gleich in der Formel gesagt wurde: ich werde den fragl. Schadenersatz leisten nach Abzug der Forderung, die ich gegen den Ansprecher habe. So geschah die Compensation nicht sowol der Stipulationsforderung gegenüber, denn diese wird bloß auf Dasjenige existent, was nach Abzug der Gegenforderung bleibt, sondern gewissermaßen schon dem Recht des Ansprechenden auf die Stipulation gegenüber. Hieraus geht hervor, daß den Römern der Gedanke an eine wirkliche Obligation nicht fern lag. Wenigstens halten wir mit v. Keller[150] gegen Brinz[151] daran fest, daß ein „wirkliches Zwangsrecht" und gegenüber eine wahre Verpflichtung, eine stipulatio praetoria einzugehen bestanden habe.

Für uns sind die prozeßualischen Bedenken, welche die Römer haben konnten, das Recht auf Bestellung einer praetoria stipulatio als wirkliches Forderungsrecht resp. als actio anzusehen, ohne Bedeutung. Dieß erkennt selbst Brinz[152] an. Daher haben auch neuere Pandektenlehrer kein Bedenken getragen von einer damni

---

149) Vgl. Dernburg, die Compensation. Heidelb. 1854. 8. S. 98. Im Uebrigen können wir der Dernburg'schen Erklärung unserer Stelle nicht folgen.
150) A. a. O.
151) Pandekten § 34.
152) Ebendas. § 25.

infecti actio zu reden[153] und die Verpflichtung zur Be
cautio damni infecti unter die Obligationen zu setzen.[1

Mit dem Recht auf Bestellung der cautio damni
das Recht des Diffamirten auf Anstellung der Klage
Diffamanten eine besondere Aehnlichkeit. Hier wie dort
schon eingetretener Schade erforderlich, es genügt, we
möglicherweise eintretender Vermögensnachtheil zu befü
hier wie dort geht daher die Klage nicht auf Leistung
oder Geldeswert, sondern auf Handlungen des Verpflic
zunächst noch keinen Vermögenswert zu haben brauch
somit noch nicht abschätzen lassen, hier wie dort reicht d
wöhnliche Procedur, die Anwendung der gewöhnlichen Z
durch den Richter nicht aus, es sind besondere Einrichtu
sen, auf die wir, soweit sie das remedium ex L. di
gehen, unten zurückkommen werden.

In anderer Beziehung freilich ist unser Recht des
auf Anstellung der Klage von dem Recht auf Bestellung
damni infecti weit verschieden. Das Letztere entsteh
Haus oder eine sonstige Vorrichtung in einen solchen Zu
daß dadurch ein Schade für ein Grundstück zu befürcht
gefahrdrohende Zustand des Hauses oder opus brauch
(positive oder negative) Handlungen des Verpflicht
führt zu sein, es genügt, daß der Zustand vorhanden i
pflichtung zur Bestellung der cautio damni infecti ste
als eine Verpflichtung „aus Zuständen" heraus.[155]
tung des Diffamanten dagegen wird immer erst durch
Handlung desselben (die Diffamation) begründet. Der
grund der Obligation ist also wesentlich immer eine
Obligirten und es fragt sich nur in welche Katego
Handlungen begründeten Obligationen unsere Obli
reihen ist.

153) J. B. Puchta, Pandekt. § 394.
154) J. B. Puchta a. a. O. Arndts § 328.
155) Vgl. Puchta, Pandekt. § 249 sub 5 vgl. mit §

§. 18.

Der Gedanke, daß die Verpflichtung des Diffamanten zur Klagerhebung eine Obligation sei, ist nicht absolut neu. Schon der Baldussatz: qui diffamat, adstringit se tacite ad agendum würde zur Annahme einer Obligation hinführen, wenn nicht das: quia est diffamare ad iudicium prouocare auf etwas ganz Anderes hinausginge. Die Uneinigkeit der Anhänger jenes Ausspruchs über viele Punkte unserer Lehre ist lediglich daraus zu erklären, daß die Einen vorzugsweise dem ersten Theil des Satzes ihren Beifall schenkten, die Andern dem letzten, ohne zu merken, daß sie von ganz verschiedenen, sich widersprechenden Grundlagen ausgingen. Legt man den Nachdruck auf die Fiction: diffamare est ad iudicium prouocare oder m. a. W. die Diffamation ist anstatt der Klage, so kommt man zu den oben angegebenen Consequenzen. Anders wenn man annimmt: durch die Diffamation verpflichtet sich der Diffamant stillschweigend, oder besser: durch eine concludente Handlung, zur Klage. Es wäre das eine Art von Usualinterpretation der in dem Diffamiren liegenden Willensäußerung.

Obgleich man im Allgemeinen über diese Differenz im Unklaren blieb, wie man z. B. bei Gaill[156] warnemen kann, welcher einestheils sagt, die Regel: Vt nemo inuitus agere uel accusare cogatur kommt bloß dann nicht zur Anwendung, wenn Jemand ausdrücklich oder stillschweigend (z. B. durch Diffamiren) sich zum Klagen verpflichtet, anderntheils aber behauptet: diffamare est ad iudicium prouocare, so gewann doch regelmäßig die eine oder die andere Vorstellung die Oberhand und daher so manche grundverschiedene Behauptungen.

Bei Gaill scheint die Vorstellung: diffamans adstringit se tacite ad agendum die überwiegende zu sein. Er sagt[157]: diffamator, eo ipso quod diffamat, ad iudicem diffamati prouocare, et proinde agere uelle intellegitur. Man sieht, das

156) Obs. I. 9 n. 4.
157) A. a. O. n. 5.

infecti actio zu reden[153] und die Verpflichtung zur Bestellung der cautio damni infecti unter die Obligationen zu setzen.[154]

Mit dem Recht auf Bestellung der cautio damni infecti hat das Recht des Diffamirten auf Anstellung der Klage durch den Diffamanten eine besondere Aehnlichkeit. Hier wie dort ist nicht ein schon eingetretener Schade erforderlich, es genügt, wenn nur ein möglicherweise eintretender Vermögensnachtheil zu befürchten steht, hier wie dort geht daher die Klage nicht auf Leistung von Geld oder Geldeswert, sondern auf Handlungen des Verpflichteten, die zunächst noch keinen Vermögenswert zu haben brauchen und sich somit noch nicht abschätzen lassen, hier wie dort reicht daher die gewöhnliche Procedur, die Anwendung der gewöhnlichen Zwangsmittel durch den Richter nicht aus, es sind besondere Einrichtungen getroffen, auf die wir, soweit sie das remedium ex L. diffamari angehen, unten zurückkommen werden.

In anderer Beziehung freilich ist unser Recht des Diffamaten auf Anstellung der Klage von dem Recht auf Bestellung der cautio damni infecti weit verschieden. Das Letztere entsteht, wenn ein Haus oder eine sonstige Vorrichtung in einen solchen Zustand kommt, daß dadurch ein Schade für ein Grundstück zu befürchten steht. Der gefahrdrohende Zustand des Hauses oder opus braucht nicht durch (positive oder negative) Handlungen des Verpflichteten herbeigeführt zu sein, es genügt, daß der Zustand vorhanden ist. Die Verpflichtung zur Bestellung der cautio damni infecti stellt sich daher als eine Verpflichtung „aus Zuständen" heraus.[155] Die Verpflichtung des Diffamanten dagegen wird immer erst durch eine positive Handlung desselben (die Diffamation) begründet. Der Entstehungsgrund der Obligation ist also wesentlich immer eine Handlung des Obligirten und es fragt sich nur in welche Kategorie der durch Handlungen begründeten Obligationen unsere Obligation einzureihen ist.

---

153) Z. B. Puchta, Pandekt. § 394.

154) Z. B. Puchta a. a. O. Arndts § 328.

155) Vgl. Puchta, Pandekt. § 249 sub 5 vgl. mit § 394.

§. 18.

Der Gedanke, daß die Verpflichtung des Diffamanten zur Klagerhebung eine Obligation sei, ist nicht absolut neu. Schon der Baldussatz: qui diffamat, adstringit se tacite ad agendum würde zur Annahme einer Obligation hinführen, wenn nicht das: quia est diffamare ad iudicium prouocare auf etwas ganz Anderes hinausginge. Die Uneinigkeit der Anhänger jenes Ausspruchs über viele Punkte unserer Lehre ist lediglich daraus zu erklären, daß die Einen vorzugsweise dem ersten Theil des Satzes ihren Beifall schenkten, die Andern dem letzten, ohne zu merken, daß sie von ganz verschiedenen, sich widersprechenden Grundlagen ausgingen. Legt man den Nachdruck auf die Fiction: diffamare est ad iudicium prouocare oder m. a. W. die Diffamation ist anstatt der Klage, so kommt man zu den oben angegebenen Consequenzen. Anders wenn man annimmt: durch die Diffamation verpflichtet sich der Diffamant stillschweigend, oder besser: durch eine concludente Handlung, zur Klage. Es wäre das eine Art von Usualinterpretation der in dem Diffamiren liegenden Willensäußerung.

Obgleich man im Allgemeinen über diese Differenz im Unklaren blieb, wie man z. B. bei Gaill[156] warnemen kann, welcher einestheils sagt, die Regel: Vt nemo inuitus agere uel accusare cogatur kommt bloß dann nicht zur Anwendung, wenn Jemand ausdrücklich oder stillschweigend (z. B. durch Diffamiren) sich zum Klagen verpflichtet, anderntheils aber behauptet: diffamare est ad iudicium prouocare, so gewann doch regelmäßig die eine oder die andere Vorstellung die Oberhand und daher so manche grundverschiedene Behauptungen.

Bei Gaill scheint die Vorstellung: diffamans adstringit se tacite ad agendum die überwiegende zu sein. Er sagt[157]: diffamator, eo ipso quod diffamat, ad iudicem diffamati prouocare, et proinde agere uelle intellegitur. Man sieht, das

156) Obs. I. 9 n. 4.
157) A. a. O. n. 5.

geht darauf hinaus, zu beweisen, der Diffamant habe sich durch einen Willensact verpflichtet zu klagen und da dann einerseits der Wille des Diffamaten vorhanden von der Klage Gebrauch gemacht zu sehen, andrerseits der Wille des Diffamanten, sich zur Anstellung der Klage zu verpflichten, liegt der Gedanke nicht fern, die Verpflichtung znr Klage entspringe aus einem Rechtsgeschäft, einem Vertrag. Daß solche Ideen es waren, die Gaill bewegten, zeigt auch der Satz[158]: Sic constat, hanc citationem nihil aliud esse, quam meram denunciationem uel admonitionem, ad explorandam uoluntatem citati.[159] Wie viel Gaill daran lag, die Verpflichtung zur Klage auf den Willen des Verpflichteten zurückzuführen, geht gerade daraus hervor, daß er sich verleiten ließ, eine so ungereimte, der ganzen Anlage des Provokationsprozesses widersprechende Aufstellung anzunehmen. Daß es überhaupt unrichtig sei, die Verpflichtung zur Klage auf den Willen des Diffamanten und Diffamaten zurückzuführen, ist unschwer zu erweisen. Usualinterpretationen von Willensäußerungen möchten überhaupt keine Begünstigung verdienen, besonders wenn die Interpretation so evident unrichtig ist, wie hier. Dieselbe geht nämlich auf die Annahme eines Willens des Diffamanten hinaus, der, wenn man die nackte Wirklichkeit in's Auge faßt, wol nie vorhanden ist. Es ist ungereimt zu sagen, der Diffamant wolle durch die Diffamation sich zur Anstellung der Klage verpflichten, denn wenn ihm überhaupt daran liegt, daß es zum Prozeß komme, so kann er das viel wolfeiler haben dadurch, daß er seine Klage ohne Diffamation anstellt. Der Diffamant behauptet vielmer in Warheit, eine Klage zu haben, für die er die rechtlich anerkannte Freiheit, sie anzustellen, wenn es ihm am Zweckmäßigsten und Nützlichsten erscheint, in Anspruch nimmt. Der Diffamat dagegen hat vor und bei der Diffamation auch noch nicht den Willen, beklagt zu sein: er denkt viel-

158) Ebendas. n. 6.

159) Ein ähnlicher Gedanke scheint schon dem Ludouicus Pontanus Consil. 53 (*M.* p. 105 i. f.) vorzuschweben. Vgl. auch Blarer l. l. C. IIII n. 13.

mehr keiner Klage verhaftet zu sein. So schwebt das angenommene Rechtsgeschäft zwischen Diffamanten und Diffamaten rein in der Luft, es ruht dasselbe auch nur, wenn wir es streng nehmen, auf Fictionen, auf der Fiction eines Willens des Diffamaten und eines Willens des Diffamanten, der in der That nicht vorhanden ist.

Man könnte nun vielleicht daran denken, die Verpflichtung des Diffamanten zum Klagen als aus einem Quasicontract entsprossen anzusehen. Dieß thut z. B. Berger.[160] Allein auch der Quasicontract setzt ein Rechtsgeschäft zwischen den Subjecten der Obligation voraus und man wird daher A. D. Weber[161] Recht geben müssen, wenn er sagt, es gehöre eine eigene Disposition zum Fingiren dazu, um unser Rechtsmittel aus einem Quasicontract herzuleiten.

§. 19.

So bleibt uns denn nichts übrig als mit Mevius[162] anzunehmen:

> Diffamatio quatenus remedio ex L. diffamari causam praebet est culpae seu delicti instar — —.

In der That das Diffamiren ist eine unerlaubte Handlung.[163] Dadurch daß Jeden, der diffamirt, gewisse Nachtheile treffen — und ein Nachtheil ist es sicher, wenn ich der Freiheit, meine Klage anstellen zu können, wenn ich will, verlustig gehe — ist eben das Diffamiren zur unerlaubten Handlung geworden. Zwar ist das Klagrecht ein Recht und man kann sagen: Es ist keine Strafe, wenn Jemand gezwungen wird, von seinem Recht Gebrauch zu machen. Aber es ist auch wieder ein Recht jeder Person, daß sie

160) Electa proc. prouocat. § 44.

161) Beiträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. St. Nr. 4 S. 31. Vgl. Glück a. a. O. VI S. 497.

162) Dec. VIII. 234 n. 2.

163) Dieß scheint auch Adolph Martin a. a. O. § 15 S. 341 anzunehmen. Wenigstens sagt er: „— hinsichtlich der (prouocatio) ex L. diffamari betrachten offenbar die Glossatoren die obligatio ad agendum als durch das unerlaubte Factum der Diffamation hervorgebracht".

im Allgemeinen nicht gezwungen werden kann, ihre Rechte zu gebrauchen, ein Recht, welches für das Klagrecht in römischen wie in deutschen Gesetzen ausdrücklichst anerkannt ist. Und der Verlust dieses Rechts ist es, in welchem wir das Strafmoment erkennen. Der Verlust der Freiheit, die Klage anstellen zu können nach Belieben, ist die Strafe, eine Strafe, die zwar etwas anders aussieht als die meisten Römischen Privatstrafen, aber doch von den Römern selbst gewiß auch Strafe genannt worden wäre, geradesogut wie es z. B. als poena aufgefaßt wird, wenn Jemanden zur Ahndung seiner contumacia die günstigere Stellung als Beklagter im künftigen Prozeß entzogen ist.[164]

Der Nachtheil, welcher den Diffamanten trifft, ist allerdings nicht wesentlich ein pecuniärer, während die poena priuata der Römer auf Geld oder Geldeswert ging, aber unsre modernen Begriffe sind in dieser Beziehung in der That andere. Die Römer bedurften der poena pecuniaria, wenn überhaupt von rechtlicher Verfolgung eines Privatdelicts über den Schadensersatz hinaus, oder da wo gar kein pecuniärer Schade vorhanden war, die Rede sein sollte: ihr Prozeß kannte ja nur die Verurteilung in eine Geldsumme. Der spätere und namentlich unser heutiger Prozeß ist in dieser Beziehung freier entwickelt, wir können zu allen möglichen Handlungen — mögen sie einen Geldwert haben oder nicht — condemniren.

Sehr lehrreich ist in dieser Hinsicht das Verhältniß der Römischen actio iniuriarum aestimatoria zu ihren — wahrscheinlich auf germanische Grundlagen zurückzuführenden[165] — modernen Neugestaltungen: der sg. actio ad palinodiam, actio ad deprecationem und actio ad declarationem honoris. Die erste und letzte dieser Klagen ist in den Reichsgesetzen[166], die zweite wenig-

164) Fr. 15 d. O. N. N. (39. 1).

165) Th. Marezoll, Das gem. dtsche. Criminalrecht. 2. Ausg. Leipz. 1847. 8. § 123 S. 426 Not. 2.

166) R. A. v. 1530 § Item. Vgl. C. C. C. Art. 216. R. K. G. O. v. 1555. II. 28 § 4. R. S. v. 22/12. Sept. 1668 § Fürs erste.

stens partikularrechtlich[167], alle sind von der gemeinrechtlichen Doctrin[168] anerkannt. Ihr Dasein aber verdanken sie dem Gewohnheitsrecht.[169] Grundlage derselben ist das Privatdelict der Injurie, wie es im Röm. R. ausgebildet ist; der modernen Auffassung von Ehre gemäß aber läßt man andere Privatstrafen zu, als die Geldstrafe. Schon J. H. Böhmer[170] weist wenigstens von der actio ad palinodiam nach, daß sie eine actio poenalis sei und was er von ihr sagt gilt auch von den andern. Namentlich ist es zweifellos, daß die Abbitte als Strafe aufzufassen ist. Hiermit möchte sattsam bewiesen sein, wie das moderne Recht Pönalklagen kennt, bei denen die Strafe nicht in Bezahlung einer Geldsumme, sondern in einer anderen Handlung, die geeignet ist bei dem zu Bestrafenden das Gefühl der Demütigung hervorzubringen, besteht.

Wir tragen daher kein Bedenken, die Diffamationsklage als eine actio poenalis[171] in diesem Sinn und die zu Grunde liegende Obligation als eine Obligation aus einer unerlaubten Handlung zu bezeichnen.

Wir stimmen mit Brinz[172] überein, wenn er als „Merkmale des Delictsbegriffs" angiebt: 1) Ein Uebel; 2) eine Schuld; 3) rechtliche Verfolgbarkeit des Delicts. Alle drei Merkmale aber finden sich bei der Diffamation. Was dasjenige sub 3 anbetrifft, so bedürfen wir keines Beweises. Dasjenige sub 1 anlangend haben wir schon oben gezeigt, daß die Diffamation so beschaffen sein müsse,

---

167) Z. B. Kursächs. Mandat wider die Selbstrache, Injurien und Duelle vom 2. Juli 1712 § 3. Anhang zur Erl. Proz. Ordn. v. 1724 p. 18.

168) A. D. Weber, Ueber Injurien u. Schmähschriften. 4. Aufl. Leipz. 1820. 8. 2. Abth. S. 1 ff. — Vgl. auch die Nachweisungen bei J. L. Schmidt, Practisches Lehrbuch von gerichtl. Klagen u. Einreden §§ 1264—1279. I. H. Boehmer, Doctr. de actt. II. 11 §§ 61 u. 62. Von Neueren s. Arndts, Pandekten § 339. Brinz, Pandekten § 119

169) Dieß behauptet rücksichtlich der beiden erstgenannten Klagen schon I. H. Boehmer l. l.

170) L 1. § 61.

171) A. M. Wetzell a. a. O. S. 68 Not. 32.

172) Pandekten § 117.

daß durch sie dem Diffamaten ein Nachtheil entweder schon erwachsen ist, oder doch zu erwachsen droht; in beiden Fällen aber hat die Diffamation ein „Uebel“ angerichtet. Ueber die Schuld endlich wurde ebenfalls schon oben gehandelt und es ist zweifellos, daß sie vorhanden, denn die Diffamation muß wissentlich und geflissentlich geschehen sein, wenn auch nicht gerade erforderlich ist, daß der Diffamant das Uebel beabsichtigte (s. u.).

§. 20.

Hier ist es nun am Platz, unsere Ansicht über Delictsobligationen und Delictsklagen kurz auszusprechen. Wir meinen allerdings nicht, daß jedes Delict eine Rechtsverletzung voraussetze: „wir würden (manchmal) Mühe haben, das Recht zu nennen, das verletzt ist“[173]; aber das Delict selbst gebiert ein Recht, das Recht Desjenigen, dem das Uebel zugefügt ist, auf Strafe. Sobald das Delict begangen ist, existirt eine Obligation zwischen dem Verletzten (um diesen nicht ganz passenden Ausdruck zu brauchen) als Creditor und dem Verletzer als Debitor, deren indirecter Gegenstand die Strafe ist. Zalt der Schuldner die Strafe sofort freiwillig, so wird die Obligation vernichtet und damit auch die ihr zum Schutz dienende Klage. Zalt er aber nicht, so verletzt er das Recht des Creditor aus der Delictsobligation und es kann dieser von seiner Klage Gebrauch machen. Der Moment der Entstehung der Delictsobligation und der actio nata fällt zusammen, denn mit dem Moment der entstandenen Obligation soll der Debitor zalen und wenn er es nicht alsbald thut, hat er das Forderungsrecht des Creditor verletzt. Es kann indessen diese Rechtsverletzung auch nachträglich durch freiwillige Zalung noch gesühnt werden. Diese Grundsätze auf unsere obligatio ex diffamatione angewendet, ergeben die Consequenzen:

Mit dem Moment der Diffamation wird der Diffamant dem Diffamaten zur Anstellung der Klage verpflichtet. Erhebt er die Klage sofort (oder später), so wird er liberirt. Unterläßt er es aber die Klage anzustellen, so kann der Diffamat von der Diffamations-

173) Brinz a. a. O.

klage Gebrauch machen, die wesentlich darauf gerichtet ist, daß dem Diffamanten aufgegeben werde, seiner Verpflichtung aus dem Delict nachzukommen d. h. den Anspruch, mit dem er sich berühmte, durch Klage geltend zu machen. Wenn in dem Petitum der Diffamationsklage eine Frist angegeben ist, innerhalb deren die Klaganstellung erfolgen möge und wenn der Richter dem Diffamanten aufgiebt, innerhalb einer solchen Frist die Klage anzubringen, so hat das keine andere Bedeutung, als wenn z. B. bei einer Klage resp. einem Urteil aus unbetagten Forderungen solche Fristen beigefügt werden, nämlich die eines tempus iudicati.

Da die Diffamationsklage aus einem selbständigen Delict entspringt und nicht dadurch ausgezeichnet ist, daß sie besondere Nachtheile für den unterliegenden Beklagten (etwa Infamie) nach sich zieht, ist nicht abzusehen, weshalb sie, wie von Manchen angenommen wird[174], subsidiär sein sollte. Die schon von Italienern aufgestellte und in der K. G. O. v. 1555 Th. III Tit. 3 ausdrücklich anerkannte Meinung, das remedium enthalte eine imploratio officii iudicis, sei deshalb ein remedium extraordinarium, hatte zu dem Raisonnement Veranlassung gegeben: remedia extraordinaria sind wie das remedium extraordinarium der in integrum restitutio subsidiär, es kommt also diese Eigenschaft auch unserem remedium zu. Allein schon Innocenz IIII.[175] hatte das Unrichtige der Grundlagen jener Deduction erkannt:

> Quando officium iudicis est extraordinarium, sicut est quando datur in integrum restitutio, quia contra ius est, quod iudex praestet suum auxilium contra sententiam uel contractum, uel praescriptionem, tunc non datur, nisi in defectum aliarum actionum, sed

174) Contard. l. l. c. 4 n. 97. Meuius Dec. I. 144. Not. 3. Danz a. a. O. § 21 sub 2 u. die dort (Not. 6) Citirten. Bülow u. Hagemann, Pract. Erörterungen. Hannover 1804—24. Bd. IIII. S. 37. O. A. G. zu Lübeck (1850) bei J. A. Seuffert, Archiv für Entscheidungen rc. 3. Bd. Münch. 1851. 8. S. 443. O. A. G. zu Celle (1847). Ebendas. Bd. 5 S. 88. O. A. G. zu Kiel (1842). Ebendas. Bd. 9 S. 157. 158.

175) In c. conquerente (16) de officio ordinarii (1. 31).

alias nihil prohibet officium iudicis concurrere cum aliis actionibus, cum sit latissimum.[176]

Blarer[177] beruft sich auf diese Stelle in folgender Weise:

Nam ad hoc ipsum ipse Innocentius in d. cap. conquerente in effectu respondet: quod quando officium iudicis extraordinarium est contra ius, sicut est quando datur in integrum restituendis . . . tunc non dari, nisi in defectum aliarum actionum . . . ., secus si secundum ius sit; nihil itaque prohibet officium iudicis si ordinarium sit uel extraordinarium, secundum ius concurrere cum aliis actionibus, cum sit latissimum

und fährt fort:

Causae uero L. diffamari inter causas extraordinarias enumerantur in ordin. Imperial. iudic. Cam. in III part. tit. 3 & 4. Ex L. itaque nostra, cum ipsius condictione simul et officium iudicis recte coniungi ac implorari constat: ita uero et alias postulationi huic nostrae condicticiae et aliae quaedam actiones cumulatiue et electiue ancillantur.

Die Richtigkeit dieser Ausführung mag auf sich beruhen. So viel aber ist sicher, daß der Schluß von der Subsidiarität der in integrum restitutio auf die Subsidiarität anderer remedia extraordinaria ganz unhaltbar ist.[178] Es giebt daher schwerlich einen zureichenden Grund, unser remedium für subsidiarisch zu erklären.[179]

---

176) Vgl. Durantis, Specul. L. I part. I De officio omnium iudicum § iudicis (2) n. 12 i. f. (Ed. laud. I p. 138).

177) L. l. I. 14 sqq.

178) v. Bayer a. a. O. §. 53 S. 131 Not. 20 u. die dort Citirten, besonders Francke im Archiv für civilist. Praxis Bd. 18 S. 234 ff. Wetzell a. a. O. S. 66 Not. 22.

179) Francke a. a. O. Vgl. C. W. Schweitzer, Ueber den Provokationsprozeß, besonders nach Chursächsischem Rechte. Leipz. 1806. 8. § 9. Martin, bürgerl. Proz. § 255 Not. 1. Breidenbach im Archiv für civilist. Praxis. Bd. 4 S. 65 ff. (namentl. S. 82). A. C. J. Schmid a. a. O. § 180 S. 43 u. die dort (Not. 50) Angeführten. O. A. G. zu Jena (1842) bei Seuffert a. a. O. Bd. 6. S. 119. Eigenthümlich ist die

§. 21.

Bevor wir darauf übergehen, noch weitere Consequenzen aus dem von uns gefundenen Resultat zu ziehen, halten wir es für nötig, die rechtliche Natur der aus der Diffamation entstehenden Delictsobligation noch eindringender zu erforschen und erachten dafür am Geeignetsten die Vergleichung unserer Obligation mit zwei in gewisser Beziehung, aber nach verschiedenen Richtungen hin ähnlichen Delictsobligationen: dem damnum iniuria datum und den Injurien.

Was zunächst die Letzteren betrifft, so ist auf eine Aehnlichkeit der modernen Injurienklagen mit unserer Diffamationsklage schon aufmerksam gemacht. Aber es bietet das Delict der Diffamation mit dem Delict der Injurien auch sonst Vergleichungspunkte. Die Römer nehmen eine Injurie an, wenn Einer „wissentlich und unberechtigt etwas thut, was das Vertrauen in Jemandes Zahlungsfähigkeit untergräbt."[180] Besonders bezeichnend sind folgende Stellen:

Fr. 15 § 33 de iniuriis (47. 10):

Si quis non debitorem quasi debitorem appellauerit iniuriae faciendae causa, iniuriarum tenetur.

Fr. 19 eod.:

Si creditor meus, cui paratus sum soluere, in iniuriam meam fideiussores meos interpellauerit: iniuriarum tenetur.

Ganz ähnliche Voraussetzungen hat, wie oben gezeigt wurde, das remedium ex L. diffamari. Der Unterschied ist nur der, daß die Injurie immer den wirklichen animus iniuriandi erfordert, während die bloße Diffamation ohne einen solchen sich denken läßt. Daher wird eine Injurie am häufigsten in Fällen anzunehmen sein, wo Jemand behauptet, eine Forderung zu haben, von der er weiß, daß sie nicht existirt, oder daß sie sehr zweifelhaft ist;

Ansicht der Leipziger Schöffen: Das remedium sei zwar nicht extraordinarium, aber doch subsidiarium: quia regulae iuris, neminem ad agendum cogi, aduersatur. So erkannt Monat Jun. 1834. Vgl. Obs. ad Biener. Syst. §. 300. — Sonach müßte jedes Rechtsmittel, wodurch ein alter Rechtssatz aufgehoben oder modificirt wird, subsidiär sein.

180) Huschke, Gaius. Leipz. 1855. 8. S. 158.

eine Diffamation dagegen ist vorhanden, selbst wenn Jemand der besten, unzweifelhaftesten Ansprüche sich berühmt hat. Es ist einleuchtend, daß da, wo die Berühmung cum animo iniuriandi geschah oder „mit andern rechtswidrigen Handlungen verbunden" war, „dem Angegriffenen die daraus entspringenden Rechtsmittel", also auch die actiones iniuriarum „neben der Provokation zu Gebote stehen."[181] Aus einem Factum, der Diffamation, entspringen so mehre Delictsobligationen, bei denen „die Bestrafung jedes einzelnen hier wirklich begangenen Delicts ein ganz eigenthümlicher für sich bestehender Zweck ist, also mit der durch mehrere Klagen zu verfolgenden Entschädigung keine wahre Aehnlichkeit hat"[182], abgesehen davon, daß in unserem Fall in der That die Gegenstände der betreffenden Obligationen ganz verschieden sind.

Das eigentliche Gebiet des remedium aber, wo es ohne Zusammenstoß mit der actio iniuriarum zu wirken hat, ist da, wo ein Berühmen mit klagbaren Ansprüchen ohne Angriff auf die fremde bürgerliche Ehre stattfindet. Freilich ist dabei nicht zu verkennen, daß die Berühmung mit einem klagbaren Anspruch — begründeten wie unbegründeten — die ökonomische Ehre anzugreifen geeignet sein muß (s. oben § 12). Wir verkennen nicht, daß sich dieser Characterisirung des remedium als eines Schutzmittels für die ökonomische Ehre, entgegensetzen läßt, wie ja auch die Berühmung mit Rechten, welche auf den status sich beziehen,

181) Wetzell a. a. O. SS. 70 u. 71. Von Aelteren vgl. Mevius, Ius Lubecense L. IIII tit. 4 art. 3 n. 21. Ludovici a. a. O. Cap. V. § 24 u. die das. Citirten. Quistorp, Rechtliche Bemerkungen. Leipz. 1793—98. 4. II. 61. S. noch Prß. Allg. Ger. Ordn. I. 32 §§ 31—33. Auch Biener, Syst. § 301 scheint für die Cumulation der Injurienklage mit dem remedium, obgleich, wie er selbst zugiebt, die sächsische Praxis sich dagegen erklärt hat. — Gegen die Cumulation sind Carpzov, Proc. iur. Tit. XX art. II n. 27 sqq. Resp. II. 4 resp. 57. Danz a. a. O. § 21 Not. a und die dort Citirten. Schmid a. a. O. §. 180 S. 43. — Richtig scheint, was Ludovici a. a. O. Cap. V. §. 25 bemerkt, die prouocatio ex L. diffamari sei namentlich dann von Nutzen, wenn der Diffamat, durch die Verjährung ausgeschlossen, die Injurienklage nicht mehr anstellen könne.

182) v. Savigny, System. V. S. 237.

dasselbe begründe.[183] Dieß hat um so mehr Anschein, als die ganze Lehre mit Anschluß an die L. diffamari, in der es sich um Statusrechte handelt, ausgebildet wurde. Allein jener Anschluß war, wie die Geschichte recht deutlich zeigt, nur ein äußerlicher. Unser Rechtsmittel ist aus dem Leben und dem Verkehr und zwar dem vermögensrechtlichen Verkehr hervorgegangen, wie die Beispiele der älteren Italiäner beweisen. Eher kann man sagen, daß die Anwendung desselben auf Berühmungen mit Statusrechten, dadurch hereingekommen sei, daß man, verlegen das Rechtsmittel auf eine Gesetzesstelle zurückzuführen, irrigerweise zu der L. diffamari griff. Wir fassen also die Anwendung des remedium bei Berühmungen mit Vermögensrechten als das Ursprüngliche und Naturgemäße, die Anwendung bei Berühmungen mit Statusrechten und Kriminalanklagen als das Gemachte und Künstliche auf. So können wir denn immerhin dasselbe, wie wol auch schon vor uns geschehen ist[184], primitiv als Schutzmittel der ökonomischen Ehre, des Credits betrachten. Der Begriff der ökonomischen Ehre ist in der modernen Welt feiner und selbständiger entwickelt, wie bei den Alten, wenn auch vielleicht hinwieder zugestanden werden muß, daß bei uns mehr innerliche ökonomische Ehrlosigkeit herrscht, als bei ihnen. Das Eigenthümliche der ökonomischen Ehre ist bei uns gerade, daß bloß auf das Aeußerliche, auf die Meinung der Mitmenschen Rücksicht genommen und das innere Bewußtsein übersehen wird. Anders bei der bürgerlichen Ehre: da fällt vorzugsweise das innere Bewußtsein, das Ehrgefühl in die Wagschale. Zwar giebt es auch ein ökonomisches Ehrgefühl. Nach unseren Ansichten soll der anständige Mann Dasjenige zahlen, was er schuldig ist, ohne gemahnt zu sein; es soll ihm zuwider sein zu wissen, daß er Jemanden etwas so schuldet, daß ihn dieser möglicherweise gerichtlich belangen könnte: er soll es sich nicht nachsagen lassen, daß er mit Zahlung in Rückstand sei. Geschieht dennoch solche Nach-

183) Wetzell a. a. O. S. 68 Not. 34 u. die dortigen zahlreichen Citate.
184) Vgl. z. B. Voet l. l. V. 1. 21 i. f.

sage, so liegt darin eine Negation jenes ökonomischen Ehr- oder vielmehr Zartgefühls. Nun könnte man freilich sagen: Jeder Diffamant muß wissen, daß er durch die Diffamation das ökonomische Ehrgefühl des Diffamaten verletzt; es fehlt also dem Diffamanten nie an einem animus iniuriandi. In gewisser Beziehung ist dieß wahr: es liegt in der Veröffentlichung dessen, was unseren Begriffen gemäß Privatsache des Einzelnen, Privatsache zwischen ihm und seinem Gläubiger ist, ein gewisser Eingriff in die Persönlichkeit. Aber das ökonomische Zartgefühl, welches wir schilderten, ist weit verschieden von der ökonomischen Ehre und beide sind nicht zu verwechseln mit der bürgerlichen Ehre. Man kann recht gut Jemanden einen Mangel jenes etwas geschraubten ökonomischen Zartgefühls zutrauen und das auch aussprechen, ohne seine ökonomische Ehre wankend zu machen, oder ihn dadurch in seiner bürgerlichen Ehrenhaftigkeit herabsetzen zu wollen. Es braucht Jemand noch nicht ein böser Zahler zu sein, wenn man ihm auch besondere Coulanz abspricht. Die Grundverschiedenheit liegt darin, daß die bürgerliche Ehre schon verletzt wird, wenn Jemand absichtlich das Ehrgefühl des Andern kränkt, weil darin entschieden eine Mißachtung der Persönlichkeit des Verletzten liegt, daß dagegen die ökonomische Ehre ganz unverletzt bleiben kann bei den absichtlichsten Angriffen des ökonomischen Ehrgefühls. Zur Verletzung der ökonomischen Ehre gehört eben wesentlich ein äußerer, objectiver Erfolg, sie ist bloß denkbar, wenn die Meinung der Mitmenschen von unserer ökonomischen Lage sich verschlechtert hat; bei Verletzung der bürgerlichen Ehre wird ein ähnlicher Erfolg nicht erfordert. So kommt es denn auch, daß umgekehrt eine Verletzung der ökonomischen Ehre geschehen kann, ohne daß ein Angriff auf das ökonomische Zartgefühl beabsichtigt ist, während eine Verletzung der bürgerlichen Ehre undenkbar ist, ohne daß der Verletzer eine Mißachtung der Persönlichkeit und somit des Ehrgefühls des Verletzten bezweckte. Wenn daher auch jeder Diffamant wissen kann, daß er das ökonomische Zartgefühl des Diffamaten möglicherweise verletzt, so liegt darin doch noch nicht der Wille, die ökonomische Ehre oder noch vielweniger die

bürgerliche Ehre des Diffamaten zu verletzen. Das was man also unter animus iniuriandi versteht gehört zur Diffamation nicht. Die Strafe, welche der Diffamation folgt, ist lediglich eine Reaction gegen die Verletzung der ökonomischen Ehre. Die ökonomische Ehre aber, ebenso wie die bürgerliche Ehre ist etwas Individuelles, beide gehen nicht auf die Universalsuccessoren über, der Erbe welcher die Erbschaft angetreten, hat gewiß nur seine eigene, nicht auch die ökonomische Ehre des Erblassers. Somit soll durch die Diffamationsklage, wie durch die Injurienklage eine individuelle Unbill gerächt werden, wir rechnen sie aus diesem Grund zu den actiones uindictam spirantes.

So nähert sich auf einer Seite die Diffamationsklage der Injurienklage an, sie weicht aber auf der andern Seite ab, indem ihre Voraussetzungen andere sind. Es kann Jemand aus Uebermut, Leichtsinn, im Scherz diffamiren, ohne die bürgerliche Ehre des Diffamaten im Mindesten verletzen zu wollen. Ja es ist denkbar, daß sogar der Gedanke an die Schmälerung der ökonomischen Ehre des Diffamaten dem Diffamanten fern lag. Das was bestraft wird ist bloß der äußere, objective Erfolg der Diffamation, der dadurch geschehene Eingriff in die Persönlichkeit des Diffamaten, nicht die Absicht, mit welcher jener Eingriff geschah. Die Willensmotive des Diffamanten mögen gute — denn es ist denkbar, daß die Diffamation aus dem Grunde geschah, um andere Personen für die pecuniäre Lage des Diffamaten zu interessiren und ihm so eine Hülfe zu verschaffen —, gleichgültige oder schlimme gewesen sein, das ist einerlei, es wird zur Diffamation kein dolus erfordert, es genügt culpa, die schon darin liegt, daß man eine Handlung begeht, die eine Schmälerung der ökonomischen Ehre des Diffamaten möglicherweise hervorbringen kann.

Auch in so fern weicht die Diffamationsklage von der Injurienklage ab, als dieser gegenüber die exceptio ueritatis zulässig ist. Der Diffamationsklage gegenüber würde jene Einrede nur dahin führen, daß der Beklagte nun den Anspruch, mit dem er sich berühmt, beweisen muß, so daß in der That eine prouocatio ad

probandum herauskäme, die zu einem ganz ungeordneten, die einfache Sachlage verwirrenden Verfahren führen würde. Der innere Grund aber, weshalb keine exceptio ueritatis bei der Diffamationsklage zulässig, ist der, weil auch Berühmungen mit wirklich existirenden Forderungen geeignet sind die ökonomische Ehre anzugreifen, obwol nicht gesagt werden kann, daß Derjenige, gegen den sofort exigible Forderungen vorhanden sind, der ökonomischen Ehre verlustig sei.

Die Aehnlichkeit unseres remedium mit der actio L. Aquiliae anlangend, so besteht sie darin, daß bei beiden bloß culpa des Delinquenten erfordert wird. Die Hauptvoraussetzungen der actio L. Aquiliae sind 1) damnum, 2) iniuria, mag nun das damnum beabsichtigt sein, oder nicht. Ebenso sind die Voraussetzungen der Diffamationsklage 1) Verletzung der ökonomischen Ehre; 2) Widerrechtlichkeit dieser Verletzung, da sie durch verbotene Diffamation geschah, mochte nun jene Verletzung beabsichtigt sein, oder nicht. Dabei ist einleuchtend, daß ebensogut wie bei dem damnum iniuria datum immer nur ein Ereigniß, das als Willensact in Betracht kommt, also nur eine Handlung — mochte deren schlimmer Erfolg beabsichtigt sein oder nicht — berücksichtigt wird, bloß diejenige Diffamation rechtlich als solche angesehen werden kann, die ebenfalls als Willensact des Diffamanten erscheint. Es ist die Absicht zu diffamiren durchaus zu trennen von der Absicht einen schlimmen Erfolg hervorzubringen und deshalb hat Wetzell Recht, wenn er ausdrücklich darauf aufmerksam macht, die Diffamation müsse absichtlich geschehen sein. Die diffamatio, diuulgatio, Veröffentlichung muß beabsichtigt sein — was auch bei einer Berühmung coram paucis der Fall sein kann —, das Motiv aber, aus dem diese Absicht hervorging, ist gleichgültig. Wir werden deshalb nicht sagen können, daß dolus zur Diffamation erfordert werde, ebensowenig wie wir Demjenigen, der absichtlich von einem Baum einen Ast auf die Landstraße herabwarf und dadurch ein Thier, das zufällig darunter hinwegging, ohne von oben gesehen zu werden, tödtete, dolus zuschreiben können.

So ist die Diffamation ein Delict, welches seinen Voraus-setzungen und resp. seiner rechtlichen Anlage nach in der Mitte steht zwischen den Injurien und dem damnum iniuria datum. Daraus aber ergeben sich rechtliche Consequenzen: 1) Für die Stellung des remedium im System; 2) für das Dogma von der Anwendbarkeit des remedium, seine Voraussetzungen, seinen Umfang und seine Wirkung betreffend; 3) für die rechtliche Auffassung des durch das remedium eingeleiteten Prozeßes.

C. Consequenzen.

I. Die systematische Stellung der Diffamationsklage.

§. 22.

Ist es wahr, daß die Diffamationsklage eine Klage aus einer Delictsobligation sei, so muß dieser Delictsobligation selbst eine Stelle im Civilrecht eingeräumt werden. Welche Stelle? Das ist in dem Vorigen schon beantwortet; sie wird am besten zwischen den Injurien und dem damnum iniuria datum unterzubringen sein. Freilich gehören in das Civilrechtssystem nur die Voraussetzungen des Delicts, die nächsten Wirkungen desselben (die Strafe), namentlich die Bemerkung, daß das Delict eine Klage auf die Strafe gebiert, woran man etwa anschließen kann, daß der Klage in der Praxis ein eigenthümliches prozeßual. Verfahren folgt, ohne daß man dieses Verfahren genauer zu schildern brauchte. Die Forderung, daß der sog. prouocatio ex L. diffamari eine Stelle im Civilrecht eingeräumt werde[185], müssen wir um so entschiedener stellen, als dem verwandten Rechtsmittel der sog. prouocatio ex L. si contendat in dieser Beziehung sein Recht schon geworden ist, indem z. B. Arndts dasselbe in den Pandekten (§ 355 Not. 7) vorkommen läßt. Uebrigens behandelte man in früheren Zeiten in

185) Auch Koch, Preuß. Proz. § 394 Not. 22 sagt: „Die Bestimmungen über die zur Begründung der Provokationen gehörigen Erfordernisse gehören eigentlich in das materielle Rechtssystem und sollten hier, im Prozeßrecht, vorausgesetzt werden."

dieser Beziehung das remedium richtiger, als dies heutzutage geschieht. So lange man bei Lehrvorträgen oder schriftstellerischen Arbeiten über das materielle Recht die exegetische Methode einhielt, oder, wie später, bei dogmatischen Darstellungen wenigstens der Legalordnung folgte, geschah der Provokationen entweder bei Interpretation der beiden leges aus denen man sie herleitete, oder an anderer Stelle, namentlich häufig im Titel de iudiciis Erwähnung. Aeltere processualische Hand- und Lehrbücher gedenken des remedium eben so wenig, wie die Ordines iudiciarii der Italiener. Nur beiläufig wird hie und da dasselbe genannt. Noch Gottfried Fibig[186] bemerkt im Abschnitt „De obiecto Processus Summarii" lediglich, daß „causae legis diffamari" zu den summar. Sachen gehören, Christoph Friederich[187] aber bringt nur die oben erwähnten Formulare der „Rechtliche(n) Klage ex L. si contendat ff. de fideiussor." Ebenso kommt in älteren Landesprozeß- und Gerichtsordnungen das remedium ex L. diffamari entweder gar nicht oder doch nur sehr kurz vor. Adolph Martin[188] führt die Mecklenburgische Hof- und Landes-Gerichts-Ordnung v. 2 Juli 1622 als die erste auf, in welcher von der Diffamationsklage die Rede ist. Die Prozeßordnung Churfürst Joh. Georgs I. von Sachsen v. 28. Juli 1622[189] sagt bloß:

> Also soll man auch ex L. diffamari, keinen Process decerniren, es habe denn zuvor der Kläger gebührlichen Schein, der vermeinten Diffamation, seiner Supplication pro decernenda Citatione, beygelegt;

und in der Prozeßordnung Herzog Ernst des Frommen von Gotha vom 28. März 1670[190] werden „causae L. diffamari" lediglich

---

186) Processus tum Summarii et executiui, ut et Arresti, tum Ordinarii, et Iniuriarum delineatio breuissima etc. Lips. 1659. 4. Part. II c. I membr. I. sect. I.

187) Processus iudiciarius etc. p. 57.

188) A. a. O. § 11 S. 309.

189) Tit. I § 4 i. f.

190) Theil II. Capit. 1 § 1.

unter den Sachen genannt, „so summarischer Weise tractiret zu werden pflegen.“ [191]

Der erste Prozeßlehrer, welcher im Prozeßsystem das remedium ex L. diffamari und ebenso das remedium ex L. si contendat umständlich und ausführlich behandelt, ist Benedict Carpzov. Der 20. Titel seines Processus iuris in foro Saxonico ist überschrieben: „De Processu Diffamationis et actione ex L. si contendat ff. de fideiussoribus“, die Folioüberschriften in der oben citirten Ausgabe sind S. 682 u. 684 „De Processu Diffamationis“, von S. 686 ab: „De Prouocatione ad litem“, wie denn Carpzov überhaupt öfter den Ausdruck prouocatio ex L. diffamari (so z. B. a. a. O. Tit. IX. n. 47), prouocans, prouocatus u. ähnliche gebraucht. Wir haben also wol Carpzov als den Erfinder der „prouocationes ad agendum“ oder wie man später sagte des „Processus prouocatorius“ zu betrachten und seiner Autorität es zuzuschreiben, daß seit dem Ende des 17. Jahrhunderts die Lehre von dem remedium ex L. diffamari als ein Bestandtheil des Prozeßrechts (in Lehrbüchern, wie in Prozeßordnungen) ziemlich allgemein angesehen wurde.

II. Voraussetzungen und Umfang der Diffamationsklage.

§. 23.

1) Jedes Delict setzt eine bestimmte Person voraus, gegen die dasselbe gerichtet ist. So muß denn auch die Diffamation gegen eine bestimmte Person (einerlei ob physische oder juristische Person) gerichtet sein. [192] Wird eine Societät diffamirt, so muß man die Diffamation

191) Andere Prozeßordnungen des 17. Jahrhunderts in denen des remed. ex L. diff. Erwähnung geschieht s. bei Adolph Martin a. a. O. S. 310. Not. 6.

192) J. R. A. § 83 uerb.: „es wäre denn die Diffamation in specie nambaft gemacht.“ Vgl. v. Bayer a. a. O. § 53 S. 129. Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. 8 S. 543 geht wol etwas zu weit, wenn er immer Bezeichnung des Diffamaten mit Namen erfordert. Es wird genügen, wenn nur die Umstände zweifellos ergeben, daß die Berühmung gerade gegen diese Person gerichtet gewesen.

als eine solche betrachten, die den einzelnen Mitgliedern der Societät gegenüber begangen wurde, da jedes Mitglied nach seinem Antheil für die Schulden der Societät verhaftet ist. Doch mag dieser Satz nur modificirt anwendbar sein bei manchen Arten der Societäten, namentlich der Handelsgesellschaften.

Da das remedium auf der ökonomischen Ehre des Diffamaten basirt, steht zu behaupten, daß es Denjenigen nicht zukomme, die augenblicklich ihre ökonomische Ehre verloren haben. Sobald also über Jemand der Concurs eröffnet ist, hat während der Dauer des Concursprozeßes der diffamirte Cridar die Diffamationsklage nicht. Sind Creditoren im Concurs gar nicht oder nur theilweise befriedigt worden, so kann der Cridar später gegen Diffamationen rücksichtlich der ganz oder theilweise ungedeckt gebliebenen, anerkannten Forderungen nur durch Zahlung des Ganzen resp. des Restes sich schützen. Hat aber ein Gläubiger an dem Concurs nicht Theil genommen, so wird eine spätere Berühmung desselben mit seiner Forderung dem Diffamaten Grund geben, das remedium zu gebrauchen. Die Diffamation ist dann nicht mehr gegen den Cridar, dessen ökonomische Ehre verloren gegangen, sondern gegen eine Person gerichtet, die möglicher Weise ihre ökonomische Ehre wieder erlangt hat.

Man könnte daran denken, die Sätze des Röm. Rechts über mittelbare Injurien, „die uns in der Person unserer Angehörigen" widerfahren auf die Diffamation analog anzuwenden. Aber die Römer selbst waren schon in Bezug auf die Ausdehnung jener mittelbaren Injurien sehr vorsichtig, indem sie nicht einmal die Sätze über die actio L. Corneliae auf bloß mittelbar Injuriirte übertrugen[193] und in der That möchten wir die sämmtlichen Fälle der sog. mittelbaren Injurien als singuläre Ausdehnungen des Begriffs der Injurien auffassen und daher eine analoge Anwendung der betreffenden Rechtsregeln ausschließen.

§. 24.

Eine alte Streitfrage ist, ob die Diffamationsklage auch auf

193) Fr. 5 § 6 de iniur. (47. 10).

die Erben des Diffamaten übergehe. Gegen den Uebergang haben sich erklärt Wolfg. Textor[194], L. G. Martini[195] u. A., für denselben Berger[196], Claproth[197], Danz[198], Gönner[199], Schweitzer[200], Glück[201], Thibaut[202], A. C. J. Schmid[203], v. Bayer[204], Heimbach[204b] u. A. Indessen bemerken schon Glück u. Thibaut[205], und nach ihnen Andere, daß der behauptete Uebergang der Diffamationsklage nur dann stattfinde, wenn die Klage, deren sich der Provokat berühmt hat, auch gegen die Erben gebraucht werden könne. Eine Mittelmeinung stellt auf J. L. Schmidt[206], indem er da, wo die Diffamation eine eigentliche Injurie enthält, das remedium nicht auf die Erben übergehen lassen will, wol aber da, wo dieß der Fall nicht ist.

Wir haben schon oben erklärt, daß wir die Diffamationsklage, wenn auch nicht für eine Injurienklage, so doch für eine actio, quae uindictam continet, halten. Danach müssen wir den Uebergang derselben auf die Erben des Klägers läugnen. Nur wenn die Klage von dem Diffamaten selbst schon wirksam, d. h. so, daß ein richterliches Dekret darauf erfolgte, angestellt ist, wird nach bekannten Rechtsgrundsätzen der Erbe den Prozeß fortsetzen können. Für unsere Ansicht spricht namentlich der Umstand, daß die ökonomische Ehre des Erblassers nicht identificirt werden darf mit derjenigen

194) Disputationes ad recessum imperii de anno 1654. Heidelb. 1686 4. Disp. V th. 11.

195) Commentar. forensis in Ducis Sax. Georg. I. Elect. ordinationem process. iudiciar. etc. Dresd. 1676 4. Tit. I. § 5 n. 85.

196) Elect. proc. prouoc. th. 44.

197) Einleitung in sämmtliche summar. Prozesse. Gött. 1808. 8. § 272.

198) A. a. O. § 22.

199) Zusatz zu Danz a. a. O.

200) A. a. O. § 6 S. 42 f.

201) A. a. O. 498.

202) System des Pandektenrechts. 5. Aufl. 3. Bd. Jena 1818. 8. § 1205.

203) A. a. O. § 181 S. 45.

204) A. a. O. § 56 S. 137 Not. 2.

204b) Im Weiske'schen Rechtslexikon. 8. Bd. S. 542.

205) Ll. ll.

206) Praktisches Lehrb. ꝛc. §§ 273 u. 274.

des Erben. Möglicherweise kann der Angriff auf die ökonomische Ehre des Erblassers diesem sehr nachtheilig sein, den Erben aber, der eine andere Person ist und anderes Vermögen hat, gar nicht berühren. — Etwas Anderes ist es freilich, wenn die Diffamation indirect gegen die Person des Erben mitgerichtet ist, wenn z. B. gesagt wird: „Aus der Erbschaft des A werden mir 100 geschuldet", denn das heißt so viel als: „Der Erbe schuldet mir 100." In diesem Falle entsteht die Klage in der Person des Erben selbständig, er überkommt sie nicht vom Erblasser.

§. 25.

Die Diffamationsklage geht als Delictsklage gegen den Urheber des Delicts, also gegen den Diffamanten. Da die Strafe des Delicts in der Auflage zu klagen besteht, so folgt, daß als Diffamant nur Derjenige angesehen werden kann, der sich berühmt, selbst einen klagbaren Anspruch (einerlei ob der Klage dabei ausdrücklich Erwähnung geschehen, oder nicht) gegen den Diffamaten zu haben. Es „versteht sich (daher) von selbst, daß die (Diffamationsklage) gegen Denjenigen nicht stattfindet, welcher nur erzählt, daß sich ein Anderer eines Anspruchs gegen den Diffamaten gerühmt habe"[207], ebensowenig wie die Delictsklage gegen Denjenigen geht, der erzählt, daß das Delict geschehen sei (natürlich wenn, wie dieß namentlich bei Injurien der Fall sein kann, die Erzählung selbst nicht ein Delict enthält).[208]

Ob die Diffamationsklage auch gegen die Erben des Diffamanten sich anstellen lasse, ist ebenfalls eine vielbesprochene Streitfrage. Gegen den Uebergang sind Claproth[209], Danz[210], A.

---

207) v. Bayer, a. a. O. § 56 S. 138 Not. 3. Vgl. Danz a. a. O. § 21 sub 4: „Betrifft die Diffamation das Recht eines Dritten, so ist die Aufforderung für zulässig nicht zu achten." Siehe noch die bei Danz (Not. d) Citirten u. A. C. J. Schmid, Handb. § 182 S. 46, sowie Martin, Vorlesungen §§ 255—57. (2. Bd. S. 232).

208) Ludovici, Einleitung V § 9.

209) A. a. O. § 272.

210) A. a. O. § 22.

D. Weber[211], Glück[212], Chr. Martin[213], v. Bayer[214], Heimbach[214b] u. A.; dafür: Berger[215], C. G. Schmidt[216], J. A. Hofmann[217], Gönner[218] und neuerdings Wetzell[219]. Auch das O. A. G. zu Dresden hat sich in neuerer Zeit (1852), seiner früheren Ansicht entgegen, für den Uebergang enschieden.[219b] Nach unserer Auffassung des remedium unterliegt es keinem Zweifel, daß der Erbe als solcher nicht verhaftet sei: denn in poenam heres non succedit. Ist aber der Prozeß gegen den Erblasser bereits wirksam anhängig gemacht, so ist der Erbe nach der Regel, daß sonst unvererbliche Klagen nach der Litiscontestation activ und passiv auf die Erben übergehen, verbunden denselben fortzusetzen.[220]

§. 26.

2) Dieß wäre es etwa, was über die Subjecte der Diffamationsklage zu bemerken ist. Wir schreiten weiter zur näheren Betrachtung der Voraussetzungen der Diffamationsklage, die sich rücksichtlich des Delicts selbst, der Diffamation, ergeben.

Denken wir an das zurück, was Oben ausgeführt wurde, daß der Grund der Bestrafung der Diffamation darin liege, daß dieselbe einen Angriff auf die ökonomische Ehre des Diffamaten enthalte, so werden wir zugeben müssen, ein Berühmen mit solchen Ansprüchen,

---

211) Beiträge zur Lehre von gerichtl. Klagen 2c 1. Bd. Abh. 4.

212) A. a. O. S. 489 ff.

213) Vorlesungen II S. 336.

214) A. a. O. § 56.

214b) A. a. O. S. 544.

215) Electa Th. 44.

216) Theoretisch-praktischer Commentar über seines Vaters J. L. Schmidt's practisches Lehrb. 2c. Leipz. 1792—94. 8. 2 Bd. S. 34 Not. g.

217) Dissertatio de genuino remediorum prouocatoriorum eorumque actionum annexarum usu practico. Ienae. 1753. § 13.

218) Zusatz zu Danz a. a. O. § 22 Not. 6.

219) A. a. O. S. 68 Not. 32.

219b) Vgl. Seuffert's Archiv für Entscheidungen 2c. Bd. VI S. 120.

220) Die entgegengesetzte z. B. v. O. A. G. zu München (1847) angenommene Ansicht (vgl. Seuffert's Archiv II S. 298) hat nicht eine Spur von juristischer Begründung für sich.

welche die ökonomische Ehre des Diffamaten nicht verletzen können, sei keineswegs geeignet, die Diffamationsklage zu begründen. Solche Ansprüche sind aber die bedingten und betagten Ansprüche. Wenn A erzählt, der B schuldet mir 100, wenn es am 1. Januar folgenden Jahrs schneit, oder der B hat mir am 1. Januar folgenden Jahrs 100 zu zahlen, so läßt sich daraus mit bestem Willen kein Angriff auf die ökonomische Ehre des B herausinterpretiren. Es ist auch nicht im Entferntesten daran zu denken, daß dem B ein Vorwurf daraus erwachse, wenn er bedingte oder betagte Forderung noch nicht bezalt hat; im Gegentheil, es könnte auf seine ökonomische Tüchtigkeit ein übles Licht werfen, wenn er schon jetzt bezalen wollte: es ist eben noch ungewiß, ob der Diffamat überhaupt schuldet, oder er ist noch nicht schuldig jetzt zu zahlen. Daher glauben wir, daß gegen den sich mit bedingten und betagten Forderungen Berühmenden die Diffamationsklage nicht gebraucht werden kann. Diese Ansicht wird vertreten von Carpzov[220b], Ludovici[221], Kori[222], Chr. Martin[223], Wetzell[224] u. A. Gegner derselben sind: Berger[225], Danz[226], Glück[227], v. Bayer[228] rc. Auch C. F. Koch[229] huldigt letzterer Meinung. Er führt aus: „Wer um zu diffamiren, aussprengt, daß ihm von einem Kaufmann eine Summe, die dessen Vermögen mutmaßlich übersteigt, nach Jahr und Tag gezahlt werden müsse, der schadet ihm." Das ist richtig.

220b) Defin. I. 7. 30. Die von Carpzov vorgeschlagene Form der Abweisung: „daß die angestellte Diffamationsklage noch zur Zeit nicht statt hat. V. R. W." kann ich nicht billigen. Die Diffamationsklage ist vielmehr als nicht fundirt a limine iudicii abzuweisen.

221) A. a. O. V. § 6. S. 53.

222) Theorie der sächs. summar. bürgerl. Prozesse rc. Jena 1824. 8. § 137 Not. 5.

223) Lehrb. § 255. Vorll. II S. 332.

224) A. a. O. S. 66.

225) Electa th. 15 n. 16.

226) A. a. O. § 21 i. f.

227) A. a. O. S. 490. Vgl. auch die dort Not. 70 Citirten.

228) A. a. O. § 53 S. 130. Not. 18.

229) Preuß. Proz. § 394 Not. 11.

Aber entweder ist die Aussprengung mit der Absicht geschehen, dem Kaufmann an seinem Ruf zu schaden, dann wird man besser zu andern Rechtsmitteln seine Zuflucht nehmen (actio iniuriarum) oder ohne diese Absicht, dann liegt in der Diffamation kein Angriff auf die ökonomische Ehre des Diffamaten, da dieser jetzt noch nicht zu zalen hat und, wenn auch die qu. Schuld sein Vermögen übersteigt, derselbe doch bis zum Verfalltag Deckung schaffen kann.

Ganz grundlos ist die Aufstellung von Chr. Martin[230], daß, wenn es sich um ein Recht handelt, „welches durch eine lediglich zu Gunsten des Provokanten getroffene Zeitbestimmung oder Bedingung in seiner Wirksamkeit aufgehalten" werde, in der Provokation „zugleich ein Verzicht auf jene Zeitbestimmung oder Bedingung liege."[230b] Wenn es auch nicht absolut notwendig ist, daß ein Verzicht immer ausdrücklich durch Worte erfolge, so wird man doch aus einer Handlung einen Verzicht nicht herausinterpretiren dürfen, so lange es denkbar ist, daß der Handelnde die betreffende Handlung nicht um zu verzichten, sondern aus einem andern Grund vorgenommen hat.

Es ist recht wol möglich, daß ein Berühmen mit bedingten und betagten Ansprüchen von dem Diffamanten in ehrverletzender Absicht geschehe. Dann wird aber bloß die actio iniuriarum in ihren verschiedenen Formen, keineswegs aber unser remedium zuläßig sein. Daß so viele Juristen sich für die gegentheilige Ansicht erklärten, mag seinen Grund darin haben, daß manche (wie z. B. Danz und Glück) das Berühmen mit einem bedingten Anspruch verwechselt zu haben scheinen mit der bedingt ausgesprochenen Berühmung mit einer unbedingten resp. unbetagten Forderung. Es ist etwas ganz Anderes, wenn A sagt: Wenn es am 1. Januar folgenden Jahrs schneit, schuldet mir B 100 oder vielmehr 100 unter der Bedingung, daß es am 1. Januar folgenden Jahres schneit, als

230) Vorlesungen a. a. O.

230b) Auf diesen Gründen beruht auch die Entscheidung des O. A. G. zu Zelle (1842) bei Seuffert, Archiv VI S. 119, gegen die also dasselbe gilt, was oben gegen Martin ausgeführt worden.

wenn A verbreitet: Wenn es wahr ist, daß A meinem Vater und Erblasser 100 schuldete, so schuldet er mir auch 100. In letzterem Fall zweifeln wir nicht, daß die Diffamationsklage zuläßig sei, denn die Behauptung des A ist in der That geeignet, die ökomomische Ehre des B anzugreifen und es wird dabei nicht einmal darauf ankommen, ob die Schlußfolgerung des A logisch richtig war, sobald nur seine rechtliche Absicht erhellt, sich unter Voraussetzung der Wahrheit gewisser Thatumstände, einen gegenwärtig klagbaren Anspruch gegen B zuzuschreiben.

Von selbst versteht es sich, daß die Berühmung mit einem Anspruch, der durch Anstellung der Klage vor Gericht anhängig gemacht ist, dem Diffamaten die Diffamationsklage nicht giebt.[231] Dadurch, daß der Diffamant den Rechtsweg betrat, hat er anerkannt, daß sein Anspruch ein streitiger sei. Berühmt er sich dann später mit dem streitigen Anspruch, so greift er dadurch die ökonomische Ehre des Diffamaten nicht an, denn wirklich streitige Ansprüche vor Austrag des Streits anzuerkennen und zu zalen würde eben so unökonomisch sein, als bedingte oder betagte Forderungen vor Eintritt der Bedingung oder des dies zu decken. Eine Berühmung des Diffamanten aber mit dem rechtshängigen Anspruch als eines unstreitigen, wird meistens eine Injurie enthalten, da darin der Vorwurf liegt, der Diffamant erkenne das was er zweifellos schuldig sei, nicht an und somit werden für diesen Fall die Injurienklagen ausreichende Hülfe gewähren.

Ueberhaupt ist zu sagen, daß Derjenige kein Delict begeht, der nur ein ihm zustehendes Recht innerhalb der Gränzen desselben ausübt. Also auch nicht der, welcher zur Wahrnehmung seiner Rechte vor Gericht (als angegriffener oder angreifender Theil) Ansprüche gegen einen Andern behauptet [231b], noch der, welcher von andern

---

231) Danz a. a. O. § 21.

231b) Anerkannt durch das O. A. G. zu Lübeck (1850). Vgl. Seuffert, Archiv III. S. 445.

ihm rechtlich zustehenden Befugnissen zur Wahrnehmung seiner Rechte z. B. v. der operis noui nunciatio[231c] Gebrauch macht.

Ludovici[232] führt aus, daß eine Diffamation, die gleichsam als Retorsion einer andern Diffamation von Seiten des Diffamaten geschehe, das remedium nicht begründen könne. Er führt das Beispiel an: „Caius sagte in einer Compagnie, daß ich ihm mit einer großen Geldsumme verhaftet, ich verneinte aber dieses, mit dem Zusatz, daß ich vielmer von ihm nicht ein Geringes zu fordern hätte, u. s. w." — Wir glauben nicht, daß die Ansicht Ludovici's richtig ist. Es unterliegt keinem Zweifel, daß in dem vorgetragenen Fall von beiden Seiten Angriffe auf die ökonomische Ehre des Gegners vorliegen. Wir möchten also die prouocationes ad agendum hin und zurück unbedenklich zulassen.

§. 27.

Besonderer Betrachtung ist der Fall wert, wo sich Jemand mit einer dinglichen Klage berühmt. Man pflegt in dieser Beziehung zunächst den Satz aufzustellen: „Der Diffamant darf sich nicht etwa in dem Besitz derjenigen Sache befinden, auf welche er sich das Eigenthum anmaßt."[233] Das ist sehr natürlich; denn da nach bekannten Regeln bei der rei uindicatio regelmäßig der Besitzer der Beklagte ist, folgt, daß der Besitzer sich gar nicht mit einer rei uindicatio gegen den Nichtbesitzer berühmen, folglich von diesem nicht zur Anstellung der genannten Klage provocirt werden kann.[234] Seine innerliche Begründung findet unser Satz darin, daß der Be-

---

231c) Anerkannt durch das O. A. G. zu Celle (1847. Vgl. Seuffert, Archiv V S. 88) obgleich aus zum Theil unrichtigen Gründen.

232) A. a. O. V § 8.

233) v. Bayer a. a. O. § 53 S. 129. 130 und die dort Not. 16 Angeführten. Vgl. außerdem Carpzov. Dec. 182 n. 15. Stryck, Introductio etc. C. II § 10. Ludovici a. a. O. V § 5. Biener, Syst. § 301 Not. 4. Martin, Vorll. II S. 332. Wetzell a. a. O. II S. 332. — Präjudiz des Kgl. Preuß. Obertribunals bei Striethorst, Archiv XV. 328.

234) Vgl. besonders die treffliche Abhandlung von Francke im Archiv f. civilist. Praxis XVIII. S. 226—232.

sitzer der Sache durch die Behauptung, er sei Eigenthümer, in keiner Weise die ökonomische Ehre des Nichtbesitzers angreift. Denn entweder ist die erwähnte Behauptung des Besitzers der vorhergegangenen oder gleichzeitig geschehenen Behauptung des Nichtbesitzers, er sei der rechte Eigenthümer, gegenübergesetzt, dann scheint eher die ökonomische Ehre des Besitzers — weil dieser etwas in seinem Vermögen haben soll, was ihm nicht gehört — angegriffen, als diejenige des Nichtbesitzers, oder aber die fragliche Behauptung des Besitzers erfolgt ohne eine entgegenstehende Behauptung, dann hat die erstere gar keine directe Richtung gegen ein bestimmtes Individuum und es ist daher auch aus diesem Grund die Provokation nicht zuläßig.

Berühmt sich der Nichtbesitzer dem Besitzer gegenüber mit einer rei uindicatio, dann tragen wir kein Bedenken die Diffamationsklage für begründet zu erachten, nur, möchten wir hinzufügen, muß der Besitzer auch factisch die streitige Sache inne haben. Denn nur in diesem Fall wird ihm der Vorwurf gemacht, daß er etwas in seinem Vermögen behalte, was nicht hinein gehört. Dieß hat Francke übersehen, und so kommt er, fürchtend die Beweislast rücksichtlich des Besitzstands möge durch die Diffamationsklage verändert werden, zu der Aufstellung[235]: „Es gehört — der Besitz der Sache zum rechtlichen Fundament dieser Provokationsklage.“ Demnach müßte der Diffamat und Provokant seinen Besitz immer beweisen oder vielmer bescheinigen.[236] Das würde, wie sich unten zeigen wird, mitunter gerade zu dem Uebel führen, welches Francke vermeiden will. Die Sache verhält sich aber so, daß

235) A. a. O. S. 228.

236) Gegen die Behauptung Francke's, daß der Provokant den Besitz sofort bei Erhebung der Provokation bescheinigen müsse (a. a. O. S. 232) haben sich das Spruch-Collegium in Heidelberg u. das O. A. G. zu Jena erklärt. Vgl. Vermehren in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt rc. hrsg. v. Hotzel. Jahrg. 1855. S. 145 ff. Für die Ansicht Francke's erklärt sich ein Urteil desselben O. A G. (1842) verfaßt von der Juristen-Facultät zu Göttingen. Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 8 S. 284. Einer ähnlichen Ansicht huldigt das Obertribunal zu Stuttgart (1845). Es fordert zwar nicht

zum Fundament der Diffamationsklage nichts anderes gehört, als das Delict der Diffamation. Dieses wird verübt durch die Berühmung mit einer Klage. Der Diffamat sagt weder, die fragliche Klage könne möglicherweise gegen ihn angestellt werden, noch sie könne nicht gegen ihn angestellt werden, er stützt sich auf die Thatsache, daß sich Jemand mit einer Klage gegen ihn berühmt habe, behauptet durch diese Berühmung werde sein ökonomische Ehre angegriffen und schließt das Delict der strafbaren Diffamation sei vorhanden. Derartige Klagen sind nicht unschlüßig, da der Diffamant selbst durch die Berühmung mit der rei uindicatio die Vermutung erregt hat, er gebe zu, daß der Diffamat Besitzer sei[236b], indem ein vernünftiger Mensch nicht sagen wird, er habe eine rei uindicatio, wenn er selbst Besitzer sein will. Geltend zu machen, daß trotz der Berühmung mit der rei uindicatio der Diffamat nicht Besitzer sei, daß also die Diffamation nicht unter den Begriff der strafbaren Diffamation falle, ist Sache des Diffamanten. Wie dadurch die Beweislast rücksichtlich des Besitzstands nicht verrückt wird, zeigt sich wenn wir die Sache etwas concreter fassen. B berühmt sich gegen A mit einer rei uindicatio auf die Sache X. Entweder hat nun A die Sache X factisch inne, oder B. Ist das erstere der Fall, so hat B durch die Berühmung mit der rei uindicatio eigentlich den Besitz des A schon zugegeben und es wird selten vorkommen, daß er in dem Diffamationsprozeß behauptet, der A besitze nicht, er habe folglich keine rei uindicatio. Thut er es aber dennoch, dann streitet aus dem angegebenen Grund gegen ihn die Vermutung und es trifft

---

Bescheinigung des Besitzes, meint aber der Streit über den Besitz bilde einen Präjudicialpunkt für das Aufforderungsverfahren und müsse daher vor Erhebung der Diffamationsklage entschieden sein. Seuffert, Archiv Bd. 5 S. 88.

236b) Francke's Hauptfehler besteht darin, daß er vorzugsweise an Diffamationen denkt, die nicht gegen bestimmte Personen gerichtet sind, z. B. wenn A öffentlich erklärt hat, er sei Eigenthümer eines Ackers (s. das Beispiel auf S. 230 des angef. Orts). Wir halten da die Diffamationsklage überhaupt für unzuläßig (s. O. § 22), es müßte denn sein, daß aus den Umständen hervorginge, die Diffamation sei trotz ihrer Unbestimmtheit gegen eine individuelle Person gerichtet, was, wenn es zweifelhaft, allerdings der Diffamat beweisen muß.

ihn die Beweislast seines Besitzes gerade so gut, wie sie ihn treffen würde, wenn er nicht provocirt wäre, sondern mit einem possessorischen Interdict gegen A aufträte. Nach Francke's Ansicht müßte aber gerade auch hier A seinen Besitz bescheinigen, was entschieden unbillig wäre. — Im andern der erwähnten Fälle, wo der Diffamant B die Sache factisch inne hat, müßte zwar die Vermutung rücksichtlich des Besitzes, da B sich einer rei uindicatio berühmt hat, auch gegen ihn streiten, aber die Diffamationsklage ist hier überhaupt nicht zuläßig, sie würde in der That unschlüssig sein, weil, wie oben gezeigt wurde, augenscheinlich kein Angriff gegen die ökonomische Ehre des A vorliegt. Es bleibt also A nichts übrig als mit einem possessorischen Interdict gegen B aufzutreten, sich so das Innehaben der Sache zu verschaffen und dann denselben, wenn er fortfährt zu diffamiren, mit der Diffamationsklage zu belangen.

Noch schwieriger gestaltet sich die Frage bei andern dinglichen Klagen, namentlich in Bezug auf das Verhältniß der actio negatoria zu der actio confessoria. Es lassen sich da vier Fälle denken:

a) Es berühmt sich Jemand, ohne im Quasibesitz zu sein, dem Eigenthümer gegenüber einer Servitut (oder eines andern rücksichtlich der Klagen nach Analogie der Servituten behandelten dinglichen Rechts). Hat da der Eigenthümer nur die actio negatoria, oder kann er auch den Diffamanten zur Anstellung der actio confessoria provociren?

b) der Quasibesitzer einer Servitut &c. berühmt sich dem das Servitutrecht &c. in Abrede stellenden Eigenthümer gegenüber der Servitut. Hier dieselbe Frage wie sub a.

c) der Eigenthümer berühmt sich der Freiheit seines Eigenthums dem Quasibesitzer der Servitut gegenüber. Hat da der Quasibesitzer die actio confessoria anzustellen, oder kann er den Diffamanten auch zur actio negatoria provociren?

d) der Eigenthümer berühmt sich der Freiheit von der Servitut einem nicht im Quasibesitz befindlichen Ansprecher gegenüber. Hier ähnliche Frage wie sub c.

Vor Allem müssen wir die Ansicht Derer zurückweisen, welche die gestellte Frage dadurch zu beantworten glauben, daß sie sagen: das remedium ist ein extraordinäres Rechtsmittel, folglich subsidiär; wo also remedia ordinaria, wie die actio confessoria resp. negatoria zustehen, ist nicht daran zu denken, daß mit ihnen das subsidiäre remedium elektiv concurrire.[237] Der völlige Ungrund dieser Ansicht erhellt aus dem was Oben über die Frage, ob das remedium subsidiär sei, ausgeführt wurde.

Ferner müssen wir uns auch gegen die von Manchen[238] vertretene, am Schärfsten aber von Wetzell[239] ausgesprochene Meinung erklären, daß der Besitzstand maßgebend sei, da dem im Quasibesitz befindlichen Diffamaten — wenngleich er die actio confessoria resp. negatoria anstellen könne — doch nicht zuzumuten sei, „daß er seinerseits Klage und den Beweis übernehme, weil er factisch bereits hat, was er mit der Klage zu erreichen vermag." Sobald wir die Diffamation als ein Delict und den Zwang zur Klage als Strafe des Delicts auffassen, so könnte uns der Umstand, daß möglicherweise den Diffamanten in Folge seines Delicts eine Beweislast trifft, die ihn außerdem nicht getroffen haben würde, keineswegs hindern, das remedium zuzulassen. Die ungünstige Lage in die der Diffamant kommen würde, wäre eben Folge seines Delicts und er hätte sich seinen Nachtheil lediglich selbst zuzuschreiben. Uebrigens würde, da nach der richtigen Ansicht der Negatorien-Kläger bloß sein Eigenthum, nicht auch die Freiheit von der Servitut zu beweisen hat[340], die Beweislast durch eine Provokation in keiner Weise geändert werden, denn den Eigenthümer trifft in jedem Fall bloß der Beweis

---

237) Vgl. z. B. Danz a. a. O. § 21 sub 2 und die bei ihm Note 6 Citirten. Aehnlich entschied noch in neuerer Zeit (1842 u. 1845) das O. A. G. in Kiel (Vgl. Seuffert's Archiv IX S. 157) und das Obertribunal zu Stuttgart (Seuffert, Archiv V S. 89).

238) Vgl. Glück a. a. O. S. 491 u. die dort Not. 73 Citirten.

239) A. a. O. S. 66.

240) Vgl. jetzt die überzeugenden Ausführungen von Herbert Pernice, Commentationes iuris Roman. duae. Hal. 1855. 8. Commentat. alter. namentlich p. 190 sqq.

seines Eigenthums, den die Servitut Beanspruchenden — mag er Quasibesitzer sein, oder nicht — der Beweis seines Rechts. Selbst dann, wenn der Eigenthümer zur Erhebung der confessoria provocirte, würde keine Aenderung in der Beweislast eintreten, da dem Confessorienkläger auch nicht der Beweis der legitimatio ad causam passiua des Beklagten obliegen dürfte, da dieser gerade durch die Provokation jene legitimatio ad causam schon zugestanden hat.

Dieß haben im Wesentlichen schon Francke[241] und nach ihm Andere ausgesprochen. Sie glauben deshalb, es sei kein Grund vorhanden, die Provokation zur actio confessoria dann für unzuläßig zu erklären, wenn sich Derjenige, welcher sich der Servitut berühmt hat, im Quasibesitz derselben befindet. Dagegen läugnet Francke, daß eine Provokation gegen den Eigenthümer zur Negatorienklage zuläßig sei, weil auf den Eigenthümer eines Grundstücks, welcher die von dem Andern behauptete Servitut nur in Abrede stellt, der Begriff der Diffamation nicht passe. — Wir stimmen mit Francke darin vollständig überein, daß die Frage unabhängig von äußeren Rücksichten, z. B. denjenigen auf die Beweislast, lediglich nach den aus dem Zweck und der Natur des remedium sich ergebenden Consequenzen zu beantworten sei, kommen aber gerade von diesem Standpunkt, unsere Auffassung der Diffamationsklage zu Grunde legend, zu abweichenden Resultaten und zwar zu solchen, die, ihre praktische Seite anlangend, mehr den Aufstellungen von Wetzell sich nähern.

Wir kehren wieder zu den oben erwähnten vier Fällen zurück, und betrachten diejenigen sub a und c, sowie die sub b und d zusammen.

Ad a und c. Sowol in der Behauptung, der Eigenthümer achte das Recht des Diffamanten nicht in der gehörigen Weise, indem er ihm etwas vorenthalte, was ihm gebühre, als in der Behauptung, der Quasibesitzer übe ein Recht aus, welches ihm nicht

241) A. a. O. S. 235, 236.

zustehe, liegt ein Angriff auf die ökonomische Ehre des Eigenthümers resp. Quasibesitzers. Dieser Angriff besteht darin, daß in beiden Fällen dem Diffamaten schuldgegeben wird, er behalte etwas in seinem Vermögen, was er rechtlich nicht behalten dürfe. In beiden Fällen möchten wir daher die Provokation zur actio confessoria resp. negatoria zulassen.

Ad b und d. Wenn dagegen der Quasibesitzer von dem Eigengenthümer sagt, Letzterer läugne sein Recht, oder wenn der Eigenthümer von dem Nichtquasibesitzer behauptet, derselbe schreibe sich ein Recht zu, so können wir darin keinen Angriff auf die ökonomische Ehre der Diffamaten finden. In beiden Fällen ist ein thatsächlicher Anspruch nicht von den Diffamanten, sondern von den Diffamaten erhoben worden, da nicht etwa aufgestellt ist, die Diffamaten behielten etwas in ihrem Vermögen, was nicht hinein gehört, sondern vielmer von dem Diffamanten lediglich ein ihnen gegenüber erhobener Anspruch (der Eigenthümer und Diffamat beansprucht Freiheit seines Eigenthums dem diffamirenden Quasibesitzer gegenüber, der Nichtquasibesitzer und Diffamat beansprucht eine Servitut dem Eigenthümer gegenüber) in Abrede gestellt wird. Die Diffamanten berühmen sich also nicht eigentlicher Ansprüche gegen die Diffamaten, sie werfen den Letzteren nicht vor, daß sie etwas haben was ihnen nicht gebührt, sondern, daß sie etwas verlangen, was ihnen nicht gebührt. Darin aber vermögen wir keine strafbare Diffamation zu erblicken: der Vorwurf, es verlange Jemand etwas, was ihm rechtlich nicht gebührt, kann unter Umständen wol einen Makel auf die bürgerliche Ehre des Diffamaten werfen, nicht aber auf die ökonomische, denn es wird nicht etwa behauptet, der Diffamat sei etwas schuldig, sondern vielmer: der Diffamat fordere das, von dem er glaubt, daß es ihm Jemand schuldig sei, ein. Der Ausdruck „schuldig sein" ist zwar hier nicht juristisch genau, allein er führt auf eine Analogie mit den Obligationen und deshalb mag er stehen bleiben. Wenn A sagt: „B ist mir 100 schuldig und zalt nicht, so daß ich klagen kann, oder muß", so greift er die ökonomische Ehre des B an; wenn aber A sagt: B behauptet ich sei ihm, dem

B, 100 schuldig und das ist unwahr", so wird Niemand in dieser Aeußerung einen Angriff auf die ökonomische Ehre des B finden.

In ähnlicher Weise enthält auch die Erzählung, daß Jemand Ansprüche erhebe, die auf ein dingliches Recht sich stützen, keinen Angriff auf die ökonomische Ehre Dessen, der die Ansprüche erhoben hat. Es ist daher keine eigentliche Diffamation vorhanden und wir halten die Diffamationsklage für nicht begründet.

Uebrigens ist anzuerkennen, daß in besonders gearteten Fällen anders zu erkennen sein mag, es handelt sich hier nicht um die Aufstellung einer Rechtsregel, sondern um die Anwenduug des von uns gefundenen Rechts-Satzes, daß die Diffamationsklage nur zuläßig ist, wo eine eigentliche Diffamation d. h. ein Angriff auf die ökonomische Ehre des Diffamaten stattfindet.

§. 28.

Wir haben noch einer Controverse Erwähnung zu thun, die früheren Juristen viel zu schaffen machte und noch in neuerer Zeit in der Praxis gespensterhaft herumspuckt. Es ist die Frage: Ob Jemand, gegen den sich ein Anderer nicht eines klagbaren Anspruchs berühmt, sondern sonstige üble Nachrede injuriöser Weise verbreitet hat, befugt sei, diesen Letzteren ex L. diffamari zu provociren, „daß er seine Behauptung beweise, oder zu gewärtigen, daß ihm immerwährendes Stillschweigen werde auferlegt werden." Wir sind mit der Beantwortung der Frage von unserem Standpunkt aus bald fertig, denn es ist ersichtlich, daß hier gar nicht von dem Delict der Diffamation, sondern von einer Verläumdung die Rede, daß somit das remedium auf keine Weise Platz greifen könne. Aber unsere Gegner berufen sich auf das Gesetz, auf die Stelle der K. G. O., wo es heißt, „daß Lex diffamari an dem Kammergericht verstanden und gebraucht werden soll, in Friedbrüchigen Schmach- und andern dergleichen Sachen 2c." und so müssen wir denn ihre Gründe etwas näher in Augenschein nehmen. Es ist uns in dieser

Beziehung schon von Mittermaier[242], A. C. J. Schmid[243] und Wetzell[244] vortrefflich vorgearbeitet worden, weshalb wir uns kurz fassen können. Wetzell denkt bei friedbrüchigen Sachen an „Fehdebriefe, also an Schreiben, welche die Androhung der Selbsthülfe d. h. des Landfriedenbruchs enthielten." Wir gehen etwas weiter und begreifen unter den friedbrüchigen Sachen der K. G. O. alle Sachen, wo Jemand eines Anspruchs halber, den er zu haben vorgiebt, etwas unternimmt, was den Frieden des Reichs wirklich stört, oder doch auf eine solche Störung abzielt. Dahin gehört z. B. schon das Sammeln von Kriegsvölkern[245], das Eingehen eines Bündnisses, das Schreiben von Fehde- und Absagebriefen, das bloße Drohen mit offener Gewalt, das Aufnehmen rebellischer Unterthanen des Gegners und sonstige Repressalien, ja schon die Versuche zu dergleichen Handlungen.[246] In allen solchen Sachen ist an sich die Competenz des R. K. G. begründet und die K. G. O. will nichts anderes, als die Fälle, wo Diffamation mit Landfriedensbruch verbunden ist als besonders wichtig hervorheben. Somit liegt in dem Ausdruck „friedbrüchige Sachen" — wie auch allgemein anerkannt wird — nichts, was die Ansicht der Gegner stützen könnte. Hauptsächlich hat man sich aber für dieselbe auf den Ausdruck „Schmachsachen" berufen. Man sagt nämlich, es werde dadurch das remedium in allen Injuriensachen zugelassen, also auch in solchen, wo keine Berühmung mit einem Anspruch stattgefunden. Nun ist es wol richtig, daß unter Schmachsachen Injuriensachen verstanden werden, denn es übersetzen nicht nur ältere Juristen jenes Wort stets mit „causae iniuriarum"[247], sondern es wird überhaupt das Wort Schmach

242) Der gem. dtsche. bürgerl. Proz. 4. Beitr. S. 257 ff.

243) A. a. O. § 180 S. 35 ff. Hier eine sehr gründliche und klare Aufzählung der geltend gemachten Gründe u. Gegengründe.

244) A. a. O. S. 70.

245) Vgl. z. B. R. A. v. 1594. § 40.

246) S. über Alles Roding. Pandect. camerales I. 7 namentlich n. 5. 7. 8. 9. 10. 11. 12.

247) Z. B. Blarer l. l. c. IIII n. 39. 40. 41.

für iniuria gebraucht, aber für iniuria im weiteren Sinn[248], so daß darunter recht gut auch Diffamationen, die keine eigentlichen Injurien enthalten, verstanden sein können. — Aeltere Kameralschriftsteller z. B. Roding[249] ziehen das „in friedbrüchigen Schmachsachen" zusammen und erklären die Stelle so:

> Constitutio enim haec iurisdictionem Camerae fundat non in quibusuis diffamationibus, sed tantum in grauioribus et atrocioribus iniuriis, quae pacem publicam turbare et scandalo esse queant et quae uersute dolo malo, alioue modo, in alterius praeiudicium et grauamen fiunt atque tendunt. Ord. h. t. uers. In Landfried brüchiger schmach ꝛc.

Danach würden landfriedbrüchige Schmachsachen Injurien sein, die den Vorwurf des Landfriedensbruchs, also eines peinlich strafbaren Vergehens enthalten.

In neuerer Zeit sind Lotz[250] und Mittermaier[251] zu dieser sehr anscheinenden Auffassung zurückgekehrt. Mag sie aber richtig sein, oder nicht, wie namentlich Chop[252] auszuführen gesucht hat, so viel ist jedenfalls gewiß, daß nicht unbedingt angenommen werden dürfe, der Gesetzgeber habe unter Schmachsachen alle Injuriensachen ohne Ausnahme und gerade nur Injuriensachen ohne concurrirende Berühmung verstanden. Vielmer hat

---

248) S. Ulrich Tengler, Layenspiegel der Ander Tayl. (fol. LXXI) Von zugefügten schmachen, verletzungen und beschädigung. Die schmach, lesterung, Verletzung oder Beschädigung, würt im Latein etwa genannt, Iniuria u. s. w. — In ähnlicher weiter Bedeutung scheint die Titelüberschrift „Von schmehesachenn" genommen in Herzog Johann Ernsts zu Sachßen Hofgerichts-Ordnung, für die Pflege Coburg, oder die Sächs. Orts-Lande zu Franken v. 3. März 1544 (abgedruckt bei J. A. v. Schultes, Sachsen-Coburg-Saalfeldische Landesgeschichte unter der Regierung des Kur- u. fürstlichen Hauses Sachsen. 3. Abtheil. Urkundenbuch S. 20 ff.). Es heißt in dem angeführten Titel: „So auch jemandt umb ungerechth han Injurien, oder gewaldt beschuldiget" ꝛc.

249) Pandect. cameral. I. 14 n. 6.

250) A. a. O. S. 265, namentlich Note x.

251) A. a. O. S. 260.

252) Im Archiv für civilistische Praxis Bd. XIII S. 332.

Wetzell Recht, wenn er sagt, durch den Ausdruck „Schmach" habe nichts Anderes bezeichnet werden sollen, als der „ursprüngliche Fall einer vor Andern und namentlich unter Beifügung von Schmähungen geschehenen Berühmung." Dafür sprechen namentlich die von dem eben genannten Autor[253] citirten Formulare bei Blarer. Wir stimmen daher vollständig mit Wetzell überein, wenn er fortfährt: „Auf keine Weise läßt es sich rechtfertigen, daß man wegen jeder Verläumdung eine sg. prouocatio ad probandum in dem Civilprozeß hat zulassen wollen, in Concurrenz mit der hier allein statthaften Injurienklage; nur im Criminalverfahren konnten, so lange der Accusationsprozeß bestand, Verläumdungen, wenn sie die Beschuldigung eines bestimmten Verbrechens enthielten, den Diffamirten zu einer prouocatio ad accusandum siue probandum berechtigen." Zwischen dieser nunmer unpraktisch gewordenen[254] prouocatio ad accusandum (oder prouocatio criminalis) und der prouocatio ad agendum (oder prouocatio ciuilis) unterscheiden die älteren Juristen sorgfältig; das zeigen viele von uns schon oben angeführte Stellen, sowie die Citate bei Wetzell.[255] Wir wollen daher bloß noch eine Stelle aus Hieronymus Schurpf[256] folgen lassen, wo das Verhältniß besonders deutlich hervortritt:

> Nam licet regulariter nemo possit inuitus ad agendum uel ad accusandum cogi .... et reus non possit prius, quam actor ius suum in iudicium deducere .... tamen

253) A. a. O. Not. 41.

254) Ein eigenthümlicher Versuch die prouocatio ex L. diffamari criminalis auch für den Inquisitionsprozeß nutzbar zu machen, findet sich bei Bienor (Syst. § 301). Er meint, wenn der Diffamant und Provokat entweder die Wahrheit der von ihm ausgesprochenen Beschuldigung erwiesen oder doch wenigstens den Verdacht erregt habe, es sei ein Verbrechen von dem Diffamaten und Provokanten begangen worden, so sei es Sache des Criminalrichters „in ipsum delictum inquirere eiusque auctorem." Ganz wahr! Das kann aber der Diffamat viel einfacher haben, wenn er zu dem Richter geht und diesem sagt, er sei des und des Vergehens beschuldigt und bitte um Untersuchung.

255) A. a. O. Not. 43.

256) Consil. Centur. I consil. 34 n. 2.

clarissimi iuris est, quod praedicta non uindicent sibi locum, quando aliquis diuulgat et diffamat aliquem, dicendo quod sit debitor suus et quod uelit contra eum agere, uel quod comiserit homicidium, uel aliud crimen, propter quod intentat eum accusare.

Erst als man anfing die prouocatio ad probandum in Folge der oben angegebenen Verwechselungen bei Civildiffamationen zuzulassen, machte man auch keinen Unterschied mehr zwischen Injurien, die den Vorwurf eines begangenen Verbrechens enthielten, und solchen, wo dieß nicht der Fall war. Ueberall ließ man die prouocatio ad probandum zu, die eigentlich nichts weiter enthielt, als eine negative Einlassung auf die von dem Gegner der Injurienklage gegenüber erwartete exceptio ueritatis.

Schweitzer[257], Martin[258] u. A. wollen die Zulässigkeit jener prouocatio zum Beweis ausgesprengter Injurien auch noch aus einer in die K. G. O. (II. 10. 9) übergegangenen Stelle des Landfriedens v. 1548 (Art. 14 § 8) darthun. Allein da wird nur angeordnet, daß, um den Anlaß zu Friedensbruch und zur Störung der öffentlichen Ruhe zu vermeiden, dem Verläumdeten die Macht gegeben sein soll, den Verläumder an dem „Kaiserl. Kammergericht oder seinem ordentlichen Gerichte" deshalb vorzunehmen, „daselbst ihm auch Recht förderlich geholffen und gestattet werden soll." Ich glaube nicht, daß hier an eine Diffamationsklage, sondern an die gewöhnliche Injurienklage zu denken ist, indem die Worte „bei seinem ordentlichen Gericht" wol auf das Gericht des Verläumders bezogen werden müssen, während nach dem Dogma jener Zeit, welches auch in der K. G. O. Anerkennung gefunden, das für das remedium kompetente Gericht dasjenige des Diffamaten ist (s. u.). Sollte aber auch, wie es allerdings möglich, das Gericht des Verläumdeten und somit die Diffamationsklage gemeint sein, so wäre

257) A. a. O. S. 24 ff.
258) Vorlesungen II S. 334.

doch zweifellos nicht von einer prouocatio ex L. diffamari ciuilis, sondern einer diffamatio ex L. diffamari criminalis die Rede.[259]

Aeltere Juristen haben sich mitunter für unsere prouocatio ad probandum nicht auf das Gesetz, wol aber auf die Praxis als Ausdruck eines Gewohnheitsrechts berufen. So namentlich Mevius[260], der, nachdem er sich gegen die prouocatio ad probandum im Allgemeinen erklärt hat, fortfährt:

> Haė rationes sufficere potuissent ad excludendum aut remouendum a conuitiis illis remedium, si nondum pro iis in usum uenisset, et sine hoc de eo iudicandum foret. Postquam autem consuetudine et stylo curiae sic inualuit, ut iniuriarum causa ex L. diffamari agatur, etsi id primum per errorem et abusum contigerit, tamen sequi oportet, donec lege corrigetur. Quam condere sicut non est iudicis, ita nec consuetudinem tollere. Praeualere debet apud iudicem consuetudo suae opinioni.

Von einem eigentlichen Gewonheitsrecht kann aber da nicht die Rede sein, wo eine perverse Richtung der Theorie eine ganz sinnlose Praxis hervorgebracht hat. Sinnlos nennen wir eine Praxis, die nicht einem wirklichen Bedürfniß abzuhelfen bemüht ist.[261] Freilich hat man gesagt, es sei die prouocatio ad probandum ein gutes Mittel gegen Schwätzer, Prahler und Lügner, welchen der animus iniuriandi nicht zu erweisen sei.[262] Allein zu dieser Behauptung ist man wol nur gekommen, indem man rücksichtlich des Beweises des animus iniuriandi einer falschen Theorie huldigte. Wir glauben, daß in solchen Fällen überall durch die actio iniu-

259) Aehnlich: Heimbach a. a. O. S. 537.

260) Dec. I. 144 n. 12 sqq.

261) Glück a. a. O. S. 486 ff. zeigt sogar wie unsere prouocatio dem practischen Bedürfniß geradezu widerspricht.

262) Gensler im Commentar zu Martin II S. 87. Citirt nach Mittermaier a. a. O. S. 257 Not. 35.

riarum volle Aushülfe gewähren wird. Vielmehr ist unsere prouocatio ad probandum lediglich als besonderer Auswuchs eines anderen prozessualischen Ungeheuers, der auf mehrere unrichtige Schulauffassungen sich stützenden prouocationes ad probandum überhaupt[262b] zu betrachten (s. oben), denn auch die prouocatio criminalis ist ursprünglich und eigentlich keine prouocatio ad probandum, sondern ad accusandum. Uebrigens könnte von Gewonheitsrecht nur dann die Rede sein, wenn eine constante Praxis nachgewiesen wäre. Dies ist aber noch nicht geschehen und wird schwerlich geschehen. Der stete Widerspruch, den einzelne angesehene Rechtslehrer gegen jene prouocatio ad agendum erhoben, hatte Kraft genug auch einzelne mit der allgemeinen Richtung nicht harmonirende Erkenntnisse hervorzurufen, welche den Begriff einer constanten Praxis ausschließen. Wäre aber auch der Beweis der constanten Praxis erbracht, so ließe sich daraus immer noch nicht das Vorhandensein eines wahren Gewonheitsrechts entnehmen, da es für dieses an einem Haupterforderniß, der opinio necessitatis fehlt, indem jederzeit tüchtige und gerade practische Schriftsteller erklärt haben, man füge sich bloß dem hergebrachten Schlendrian, und halte die prouocatio ad probandum bei Injurien für unnütz, ja für schädlich.[263]

262b) Auch auf die Reichsgesetze hat man sich für die prouocatio ad probandum überhaupt berufen und zwar weil sie von einem „remedium ex L. diffamari", einer „citatio ex L. diffamari" reden, „ohne hinzuzufügen, daß der ausschließende Zweck dieses remedii dahin gehe, die Anstellung einer Klage von Seiten des Provokaten zu veranlassen." Vgl. die Motive eines Erkenntnisses des O. A. G. zu Jena (v. 1837) bei Seuffert, Archiv V S. 89. Wenn man freilich annehmen will, daß Alles, was nicht ausdrücklich ausgeschlossen, vorhanden ist, kann man viel beweisen. Uebrigens haben schon Andere und neuerdings auch ein Mitglied des O. A. G. zu Jena (Heimbach a. a. O. S. 537 Not. 29) gezeigt, daß gerade den Reichsgesetzen die Provokation immer nur eine prouocatio ad agendum ist, da es in der K. G. O. II. 25 z. B. heißt: „es soll dem Diffamanten — in genannter Zeit seine Klage fürzubringen — angesetzt werden" und: „so die ansuchende Parthey (der Provokant und Diffamat), in der Hauptsach Antworter."

263) Am Schärfsten ist dieß ausgesprochen von Menius l. l. u. Glück

Die älteren Schriftsteller, welche sich gegen die prouocatio ad probandum erklärt haben, sind nachzusehen bei Glück.[264] Von Neueren nennen wir außer den schon Erwähnten: Thibaut[265], Linde[266], v. Bayer[267], Heimbach.[268] Auch die sächsische Gesetzgebung hat schon durch das Mandat vom 2. Juli 1712 § 22 die Provokation zum Beweis von Injurien aufgehoben, außer, wenn die Injurie zugleich eine Berühmung mit einem Civilanspruch enthält und so haben erkannt die Leipziger Schöffen im Monat September 1832.[269] Diejenigen, welche neuerdings für die prouocatio ad probandum in die Schranken getreten sind, wurden in dem Vorstehenden schon erwähnt; wir nennen daher nur noch das O. A. G. in Jena (1837)[270] und das O. A. G. zu Celle (1845).[271]

Noch bemerken wir, daß Heimbach[272] ausführt, in neuerer Zeit habe die ganze Controverse in vielen deutschen Staaten ihre Bedeutung verloren, weil deren Gesetzgebung Injuriensachen durchgehends als Strafsachen betrachte und nur eine bestimmte Art von Privatgenugthuung für den Beleidigten verstatte. Wir geben dieß zu rücksichtlich der eigentlichen prouocatio ad probandum bei Injurien. Ob aber nicht irgendwie eine Abart der prouocatio ex L. diffamari criminalis auftauchen wird, das möchten wir bezweifeln. Es läßt sich denken, daß A ausgesprengt, B habe ein Vergehen begangen, das nach Vorschrift des betreffenden Str.

---

a. a. O. Aber auch das in der vorigen Note erwähnte Jenenser Urteil sagt: „wenn man gleich bezweifeln könnte, ob diese Anwendung (der prouocatio ex L. diffamari) zweckmäßig sei und einem Injuriirten angemessene Rechtshülfe gewähre." Vgl. noch Mittermaier a. a. O. S. 260.

264) A. a. O. S. 486 Not. 60. 62. 63.

265) A. a. O. § 1215.

266) A. a. O. § 337.

267) A. a. O. § 54.

268) A. a. O. S. 537.

269) Vgl. Biener, System. § 301 Not. 3 (Zusatz der Herausgeber).

270) In den schon oben erwähnten Entscheidungsgründen bei Seuffert, Arch. V S. 89 ff.

271) S. Seuffert, Archiv VIII. S. 285.

272) A. a. O. S. 538.

G. Buchs nur auf Antrag des Verletzten bestraft werde und er (A) sei der Verletzte. Da könnte Jemand auf den Einfall kommen dem B zu raten, den A zwar nicht ad accusandum, wol aber dazu zu provociren, daß derselbe seinen Antrag auf Einleitung einer Untersuchung stelle. Möglich, daß man darin nur eine consequente und löbliche Fortbildung der alten prouocatio criminalis erblickte. Wir meinen aber dem B ist überall hinreichende Hülfe durch die Injuriengesetze gegeben und halten es für bedenklich den Geist einer Todten — und das ist einmal die prouocatio criminalis — aus ihrem Grab heraufzubeschwören.

§. 29.

3) Daß die Anstellung der Diffamationsklage die Verjährung der Hauptklage nicht unterbreche, bedarf nach unserer Grundanschauung keines Beweises.[273] Aber auch rücksichtlich der etwaigen Einreden des Diffamaten wider die Hauptklage ist die Verjährung — wenn und wo eine solche stattfindet — durch den Gebrauch des remedium nicht unterbrochen, da der Diffamationskläger seine Klage auf ein ganz andres Recht stützt, als auf das exceptionsweise geltend zu machende, welches ihm etwa gegen die Hauptklage zusteht.

Die Diffamationsklage selbst unterliegt der gewöhnlichen dreißig- resp. vierzigjährigen Verjährung.[274] Es ist kein Grund vorhanden die für die actio iniuriarum aestimatoria vorgeschriebene kürzere Verjährungsfrist auf unser Rechtsmittel anzuwenden. Da die Diffamationsklage auf Gewonheitsrecht und die Reichsgesetze zurückzuführen ist, steht sie den Civilklagen gleich, geradeso wie die actio ad palinodiam, von der schon J. H. Böhmer sagt, sie unterliege der dreißigjährigen Verjährung, da sie ein Product des Gewonheitsrechts sei.

---

273) Vgl. Martin, Vorlesungen II. S. 333.

274) J. L. Schmidt, Praktisches Lehrb. § 276 sub 1 und die dort Not. c Citirten (Heigius, Berlich, Martini, Berger).

§. 30.

4) Man hat wol auch behauptet, es seien die Provokationen nicht auf die durch Praxis, Gesetz und Doctrin festgestellten beiden Fälle (ex Lege diffamari und ex Lege si contendat) einzuschränken, sondern es seien dieselben zu verallgemeinern, so daß „Jedermann uneingeschränkt berechtigt sein soll, sich einer solchen Aufforderung zu bedienen, sobald er ein Interesse dabei hat, über alle seine Rechtsverhältnisse oder über diejenigen einer gewissen Art in's Reine zu kommen. Man unterstützt diese Annahme mit Gründen der Billigkeit und mit den von den Edictalladungen hergenommenen Argumenten."[275] Allein solche Behauptungen sind Auswüchse der Anschauungen der philosophirenden und raisonnirenden Rechtsschule. Wer eine Ausdehnung der beiden remedia auf andere Fälle annimmt, wird beweisen müssen, daß dieselbe durch Gesetz oder Gewonheitsrecht eingeführt sei. Dieser Beweis ist unseres Wissens noch nicht einmal versucht worden. Daher leugnen wir einfach, denn: negantis nulla probatio.

III. Der Diffamationsprozeß.

1) Das Verfahren.

§. 31.

Der Prozeß, welcher der Diffamationsklage folgt, hat auch seine Eigentümlichkeiten, weniger Eigentümlichkeiten in dem Verfahren, als darin, daß rücksichtlich der Competenz des Gerichts besondere Grundsätze gelten und daß ein ungewönliches Contumacialverfahren eintritt. Ehe wir aber die beiden zuletzt gedachten Punkte beleuchten, wollen wir der eigentlichen Procedur gedenken und nachweisen, wie gerade diese auf allgemeine Regeln sich zurückführen läßt.

Auf den Satz, daß in dem remedium eine imploratio officii iudicis enthalten sei, gründete man die Behauptung, der dem re-

275) So referirt Martin, Vorlesungen I S. 499 über die — von ihm nicht gebilligten — Ansichten der von ihm (Not. 4) Citirten.

medium folgende Prozeß sei summarisch.[276] So wurde das Verfahren ein sehr abgekürztes, was sich gleich bei der Darstellung desselben zeigen wird.

Wie die Klagschrift des Diffamaten beschaffen sein müsse ist am Beßten geschildert bei (dem pseudonymen) Gylmann[277]:

> Libellus tria continere debet, quem ante omnia diffamatum iudici in scriptis offerre oportet .... Primum narrationem diffamationis tamquam factum uel causam; deinde expositionem periculi et damni inde dependentis, ueluti obligatio, quae ex facto descendit. Tertium, loco actionis ex obligatione ortae petitionem et implorationem officii iudicis de certo termino diffamanti assignando, intra quem ius suum persequatur, et si intra eum non comparuerit, uel ius suum in iudicium deduxerit, perpetuo ei super diffamatione et iuris persecutione, quod sibi in diffamatum asserit, silentio imponendo.[278]

Unrichtig ist es, daß in dem Libell das Recht, dessen sich der Diffamant berühmt hat, in Abrede gestellt werden müsse, wie dieß z. B. Biener[279] fordert. Allgemein aber ist anerkannt, daß der Diffamat die Diffamation im Libell bescheinigen müsse.[280] Da die

---

276) Gaill., Obss. I. 12 n. 2. Meuius, Dec. VIII. 170. Brunnemann, Comm. ad Pand. V. 1. 30. Lauterbach l. l. XL. 14 § 3. Ludovici, Einleitung C. V. § 1. Prozeßordnung Herzog Ernsts des Frommen von Gotha v. 1670 II. 1. 1.

277) P. I. T. 9 p 554. Ansichten der Italiener über das Klaglibell s. bei *M* p. 60.

278) Vgl. auch Danz a. a. O. § 24.

279) System. § 301 i. f. S. jedoch ebendas. Not. 4.

280) K. G. O. 1555 Th. II Tit. 25. J. R. A. § 83. Gaill, Obss. I. 10 n. 7. Carpzov., Defin. I. 7 n. 28. Id. Opus decisionum illustrium Saxonicarum. Lips. 1670. Fol. T. III Dec. 213 n. 5. Danz a. a. O. § 24 u. die dort Not. a Citirten. v. Bayer a. a. O. § 57. Wetzell a. a. O. S. 73 u. die in Not. 53 Citirten. Heimbach a. a. O. S. 549. Otto Kleiner, Ueber die Bescheinigung. Regensburg 1855 S. 99 ff. Alte sächs. Proz. Ordn. v. 1620. I. 4. Erläuterte sächs. Proz Ordn. V § 5. O. A. G. in Dresden (1855); vgl. Ztschr. für Rechtspflege und Verwaltung ꝛc. hrsg. von Th. Tauch-

ganze Prozedur im Diffamationsprozeß, wie wir bald sehen werden, lediglich ein bedingtes Mandatsverfahren ist, so wird unter der Bescheinigung nichts Anderes verstanden, als daß „der historische Grund der Klage (hier die Diffamation) wenigstens sehr warscheinlich gemacht" sein muß.[281] Die Bescheinigungsmittel können also nur „solche sein, welche sofort ein Resultat liefern und nicht erst eine Vernehmung des Impetraten und ein ferneres Verfahren voraussetzen."[282] Wir nehmen daher mit der herrschenden Meinung an, daß wol Zeugen — es wird schon die eidliche Aussage eines unverdächtigen Zeugen genügen — und Urkunden[283] nicht aber die Eidesdelation[284] als zuläßige Bescheinigungsmittel zu erachten. Daß bei Provokationen zu dinglichen Klagen nicht die Bescheinigung des Besitzes resp. Eigenthums gehört, wie Francke will, ist schon Oben ausgeführt. — Der Mangel der Bescheinigung hat die Abweisung der Diffamationsklage angebrachtermaßen zur Folge, nicht aber, wie im Widerspruch mit den allgemeinen Grundsätzen über Verfügungen auf Klagen behauptet wird[285], Erkenntniß auf beßere Bescheinigung.[286] — Uebrigens ist der Kläger verpflichtet, die gewöhnlichen Prozeßkautionen, in so weit sie hier überhaupt einen Sinn haben, nach den allgemeinen Regeln zu bestellen.[287]

---

nitz. N. F. 15. Bd. S. 86. — Die Italiener und älteren Deutschen fordern causae cognitio *M.* p. 59. — Keine Bescheinigung verlangt das Bayrische Recht. Kleiner a. a. O. S. 101. Ebenso das Preußische Recht. Die Allg. Ger. Ordn. I. 32 § 5 verlangt bloß „die Angabe der Mittel", um die Diffamation im Läugnungsfall zu bescheinigen. Nur Urkunden sollen regelmäßig der Klage im Original oder abschriftlich beigelegt sein.

281) v. Bayer a. a. O. § 16 S. 50.

282) v. Bayer ebendas. Not. 5.

283) Heimbach a. a. O. S. 549 und die dort Citirten.

284) Heimbach a. a. O. S. 550 u. die dort Not. 93 Citirten. Vgl. außerdem Kleiner a. a. O. S. 100. Gesetzlich ausgeschlossen ist die Eidesdelation im Königr. Sachsen. Erläuterte Prozeß-Ordnung v. 1724 Tit. V § 5.

285) Z. B. Claproth a. a. O. § 276.

286) Vgl. Kleiner a. a. O. S. 100.

287) Die entgegengesetzte z. B. von Carpzov., Proc. iur. XX. 3 n. 6. Dec. 213 n. 3. Danz a. a. O. § 30 vertheidigte Meinung beruht auf der Ansicht, daß die Diffamationsklage keine eigentliche Klage sei.

§. 32.

Der Richter erläßt nun — falls die Klagschrift nicht an sich verwerflich erscheint — unter Mittheilung des Libells ein Dekret, worin er, dem Petitum gemäß, dem Beklagten unter Androhung der Strafe ewigen Stillschweigens aufgiebt, die berühmte Klage innerhalb einer — nach Umständen längeren oder kürzeren — Frist anzustellen, indem er nach älterer Praxis zugleich einen Termin zur mündlichen Verhandlung der Sache anberaumte.[287b] Die neuern Theoretiker erwähnen dieses Termins gewöhnlich nicht und doch ist er sehr wichtig, um das auf die Diffamationsklage folgende prozeßualische Verfahren zu analysiren. Wir halten dieses nämlich, wie schon erwähnt, für ein bedingtes Mandatsverfahren. v. Bayer[288] u. A. lassen ein solches zu, „wenn zwar der Fall nicht zu einem unbedingten Mandat geeignet, aber doch der historische Grund der Klage wenigstens sehr wahrscheinlich gemacht und nicht zu vermuten ist, daß der Beklagte Einreden vorbringen werde.“ Ist nun auf Grund des bescheinigten Delicts der Diffamation Klage erhoben und der Richter giebt sofort dem Diffamanten auf, zu klagen, indem er zugleich einen Termin zur Verhandlung der Sache anberaumt, so hat das keinen andern Sinn, als daß der Richter an den Diffamanten die alternative Aufforderung erläßt, entweder den Kläger (durch Anstellung der Haupt-Klage) zu befriedigen, oder sich (in dem Termin) zu vertheidigen. In solchem Fall aber spricht man von einem bedingten Mandat. Von dieser Auffassung scheinen mehrere neuere Juristen nicht weit entfernt[289] und es möchte nur

287b) Gaill., Obss. I. 12 n. 2 sqq. Roding., Pandect. cameral. III. 47 (p. 333). Danz a. a. O. § 26. Die Preußische Praxis hält auch in neuerer Zeit an dem Termin fest. C. F. Koch a. a. O. § 395.

288) v. Bayer a. a. O. § 16 S. 50.

289) Martin, Lehrbuch § 256 bei Not. f. Wetzell a. a. O. S. 73 betrachtet die richterliche Auflage an den Diffamanten als eine Art unbedingten Mandats. — Der positiven, seit Jahrhunderten feststehenden Praxis widersprechend ist das von Mittermaier a. a. O. S. 273 ff. vorgeschlagene Verfahren, obgleich er mit Recht darauf dringt, daß dem Provokaten Gelegen-

dem Vergessen des obenerwähnten Termins beizumessen sein, daß nicht schon längst das Richtige allgemein anerkannt ist. Daß in dem bedingten Mandat ein Präjudiz gestellt wird, kann uns nicht irre machen. Da die Folgen der contumacia hier ganz eigenthümliche sind, ist es billig, den Beklagten gleich von Vorne herein darauf aufmerksam zu machen.

§. 33.

Aus unserer Annahme aber lassen sich die übrigen Erscheinungen des dem remedium ex L. diffamari nachfolgenden Verfahrens befriedigend erklären. Es sind folgende Fälle möglich:

1) In dem anberaumten Termin erscheint keine der beiden Parteien. Bieners[290] Ansicht, daß dann terminus circumductus sei, ist für das sächsische Recht zweifellos, denn nach diesem muß der Kläger erscheinen, um seine Klage durch den Provokationssatz zu wiederholen, er ist also wesentlich zur Weiterverhandlung der Sache nötig. Aber auch nach gem. Recht kann der anberaumte Termin für den Kläger nicht bloß die Bedeutung eines Gütetermins haben. Das Verfahren ist ein summarisches, daher soll der Kläger auf die etwaigen Einwendungen des Beklagten gleich antworten und es so durch seine Gegenwart ermöglichen, den Prozeß bis zum Erkenntniß zu instruiren. In so fern also der Termin zu gleichzeitiger beiderseitigen Thätigkeit der Parteien anberaumt war, ist von dem Richter die Ladung zu circumduciren d. h. für erloschen zu erklären[291], die Terminskosten aber sind beiden Theilen gemeinschaftlich zu übertragen.[292] Freilich möchte es rätlich sein, den Termin immer ausdrücklich zur rechtlichen Verhandlung der Sache anzuberaumen.

---

heit gegeben werde, sich (in einem Termin) über die „Zulässigkeit des Provokationsprozesses" vernehmen zu lassen.

290) L. 1. § 302.

291) v. Bayer, Vorträge über den gem. ordentl. Civilproz. 8. Aufl. München 1856. § 160 S. 517.

292) R. Osterloh, Lehrb. des gem. dtschn. ordentl. Civilproz. 1. Bd. Leipz. 1856 § 116 S. 273.

Wenn die Ladung für erloschen erklärt ist, kann auch die Frist zur Vertheidigung gegen die Diffamationsklage — welche ohnedem eine dilatorische zu sein pflegt (s. u.) — nicht für abgelaufen erachtet werden, von dem Eintritt des Contumacialverfahrens kann also nicht die Rede sein.

2) Der Diffamant kommt innerhalb der ihm gelassenen Frist der richterlichen Aufforderung nach und klagt. Dann ist natürlich der Diffamationsprozeß zu Ende, denn der Kläger ist befriedigt. Freilich muß die von dem Diffamanten eingebrachte Klage eine solche sein, welche möglicherweise ein gerichtliches Verfahren über den Streitgegenstand nach sich zieht. Wird daher jene Klage als inept verworfen, so ist dieß nicht so anzusehen, als ob der Diffamat dem bedingten Mandat nachgekommen sei, er hat das nicht geleistet, was er leisten sollte. Es kann somit das Provokationsverfahren nicht als erledigt betrachtet werden. Soweit stimmen wir mit der Ansicht der Leipziger Schöffen[293] und des O. A. G. zu Cassel[294] überein; nicht wenn man fortfährt: es könne jedoch ein Ungehorsam des Provokaten, welcher die richterliche Auflage zu befolgen gesucht hat, darin, daß er eine inepte Klage vorbrachte, nicht gefunden werden[295] und es sei deßhalb dem Diffamaten und Provokaten aufzugeben, innerhalb einer bestimmten Frist eine schlüßige Klage zu erheben.[296] Auf diese Weise würde man den Diffamationsprozeß mit dem Hauptprozeß in ungehöriger Weise vermengen. Vielmer ist zu sagen, daß ein ineptes Libell kein Libell ist, daß somit der Diffamant — vorausgesetzt, daß die ihm zur Klagerhebung gesetzte Frist eine peremptorische war — seiner obligatorischen Verbindlichkeit zur Klagerhebung nicht nachgekommen, daß er also, da er es auch unterlassen, der alternativen Auflage, Einwendungen gegen die Diffamationsklage zu machen, zu gehorchen, gegen die richterliche Verfügung ungehor-

293) Erkenntnisse v. Febr. 1821. April 1825. Octob. 1831. Vgl. Biener l. l. § 303 Not. 3. (Zusatz der Herausgeber).

294) Erkenntniß v. 3. Aug. 1844. Vgl. Seuffert, Archiv S. 443.

295) S. das angezogene Urteil des O. A. G. zu Cassel.

296) Die Leipziger Schöffen bei Biener l. l.

sam erscheint. Man wird sagen, er war nur ungehorsam, weil er in dem Irrthum sich befand, seine Klagschrift sei eine genügende. Allein dieser Irrthum darf nicht ohne Weiteres zu Gut gehalten werden. — Für unsere Ansicht spricht die Analogie des Verfahrens im ordentlichen Prozeß, wenn der Beklagte (bei gehöriger Einlassung auf die Klage) keine Einreden vorgeschützt hat, da wird Derselbe mit jedem weiteren exceptivischen Vorbringen ausgeschlossen und dasselbe ist der Fall, wenn der Beklagte nur eine Reihe inepter Einreden vorgeschützt hat. Auch dem practischen Bedürfniß wird durch unsere Ansicht mehr Rechnung getragen, als durch die entgegengesetzte. Entweder bringt der Diffamant und Provokat aus Chikane um den Prozeß zu verschleifen ꝛc. eine inepte Klage, dann wäre jede Milde gegen ihn widersinnig, oder aber aus Unerfahrenheit, dann hat er nach Abweisung seiner Klage bis dahin, wo auf den Contumacialantrag des Diffamaten erkannt wird, immer noch Zeit genug seine contumacia zu purgiren und einen tauglichen Libell herbeizuschaffen, besonders da, wie schon erwähnt, die erste Frist zur Klaganstellung eine dilatorische zu sein pflegt.

Man hat die Frage aufgeworfen, ob der die Hauptklage anstellende Provokat rücksichtlich dieser zur cautio pro expensis angehalten werden könne? Dagegen haben sich erklärt Glück[297] und die bei ihm Citirten, dafür schon Mevius[298] und Carpzov[299], in neuerer Zeit Martin[300] u. A., namentlich auch das O. A. G. in Lübeck (1826)[301]. In der That ist der von den Anhängern ersterer Ansicht geltend gemachte Grund, daß der Diffamant gezwungen klage, nicht geeignet, ihm eine bessere Stellung im Hauptprozeß zuzuerkennen, wenn man bedenkt, daß der

---

297) A. a. O. Bd. 3 § 245 S. 439. Citate in Not. 44.

298) Dec. VIII. 234.

299) Process. iur. XX. 3 n. 10.

300) Lehrbuch § 256 Not. i.

301) Vgl. Heise u. Cropp, Juristische Abhandlungen 1. Bd. Hamb. 1827. No. 17 p. 314 ff.

Zwang zur Klage ja nur in Folge seines Delicts eintrat und daß der Diffamationsprozeß und der Hauptprozeß zwei ganz getrennte Dinge sind.

Bringt der Diffamant innerhalb der ihm gelassenen Frist die Klage zwar nicht bei, erklärt er aber, daß er klagen wolle, so möchte ihm, wie im Preußischen Recht[302] zweckmäßig bestimmt ist, durch ein richterliches Dekret (in Preußen Resolution mit rechtskräftiger Wirkung) eine weitere Frist unter Androhung der Ausschließung zu setzen sein.[303]

Einige Schwierigkeit macht in unserem Fall der Kostenpunkt. Es läßt sich in dieser Beziehung kaum eine allgemeine, überall durchgreifende Regel aufstellen. Nur so viel ist sicher, daß es unrichtig ist, anzunehmen, das Erkenntniß über die Kosten des Diffamationsprozeßes, sei überall von dem Erfolg der Hauptsache abhängig.[304] Vielmer werden da, wo in der Klaganstellung das Bekenntniß der Verpflichtung liegt, jene Kosten dem Diffamanten zur Last zu legen sein, denn durch seine Schuld ist ja dann das ganze Verfahren hervorgerufen.[304b] Vielleicht wäre es zweckmäßig, wenn die Praxis sich daran gewöhnte, gleich in dem der Diffamationsklage folgenden Decret, dem Diffamanten aufzugeben, die Kosten zu tragen. Das hätte ebenfalls die Bedeutung eines bedingten Mandats und es könnte sich so der Diffamant entweder unterwerfen, oder seine Einwendungen in dem anberaumten Termin vorbringen.

3) Der Diffamant kommt der Aufforderung zu klagen nicht nach, erscheint aber im Termin, während der Diffamat ungehorsam ausbleibt. Da dringt der Diffamant mit Recht auf Entbindung von der Instanz.[305] Ebendasselbe tritt ein, wenn der Provokant nach der vom Provokaten eingereichten Vernehmlassung mit seinen

302) Allg. Ger. Ordn. I. 32 §§ 12. 13.

303) Heffter, Civilprozeß für die Preuß. Staaten § 219 S. 259.

304) Martin, Lehrbuch § 256 Not. i.

304b) A. M. A. C. J. Schmid, Handbuch § 184 a. E. S. 57: „weil der Provokat vor der Aufforderung zur Klaganstellung nicht verpflichtet war, die Klage zu erheben.“

305) Danz a. a. O. § 26.

weiteren Handlungen ungehorsam zurückbleibt.[306] In beiden Fällen treffen die Kosten den Diffamaten.[307]

4) Der Diffamant kommt der richterlichen Aufforderung, zu klagen, nicht nach, erscheint aber (ebenso wie der Diffamat) im anberaumten Termin und läugnet die Diffamation oder bringt überhaupt Einwendungen gegen die Auflage vor. Dann ist nach Umständen, wie bei dem bedingten Mandatsprozeß überhaupt,[308] ein weiteres (wo möglich mündliches) Verfahren zuzulassen, wo es nötig ist auf Beweis zu erkennen und nach den Resultaten der vorangehenden Verhandlungen das den Diffamanten entweder absolvirende oder condemnirende (d. h. zur Anstellung der Klage verurteilende) Endurteil zu fällen[309], wonach sich auch das Erkenntniß über den Kostenpunkt richtet. Es existiren über dieses Verfahren manche Controversen z. B. ob der erscheinende, aber nur frivole dilatorische oder inepte Einreden vorschützende Diffamant sofort mit ewigem Stillschweigen zu belegen sei[310] ꝛc. Derartige Einreden wird freilich der Richter sofort zurückzuweisen haben, allein ob dann das Contumacialverfahren folgen könne, oder ein neuer Termin anzuberaumen sei, wird lediglich davon abhängen, ob die Ladung eine peremptorische oder dilatorische war und die erste Ladung ist auch hier, wie wir bald sehen werden, regelmäßig eine dilatorische. Es wäre ein vergebliches und unnützes Bemühen, hier alle Möglichkeiten und etwa vorkommenden Zweifel berücksichtigen zu wollen. Wir halten es daher für gerechtfertigt, wenn wir das, was Heffter[311] für den

---

306) Danz a. a. O. u. die dort in Not. c Citirten.

307) Danz a. a. O.

308) Vgl. über dieses v. Bayer, Theorie der summar. Prozesse §§ 17. 18 S. 52 ff.

309) S. im Allg. Gaill Obss. I. 12 besonders n. 2 u. 3. Roding, Pand. cameral. l. l. p. 333. Danz a. a. O. § 29. Manche Einzelheiten bei Biener, Syst. § 302.

310) Dafür Leyser, Medit. ad Pand. Spec. 81 n. 5., dagegen Mevius Dec. IIII. 224. Berger, Electa th. 21.

311) A. a. O. § 219. Einzelheiten über das Verfahren in Preußen hat C. F. Koch a. a. O. § 395.

Preußischen Prozeß behauptet, auch auf den gemeinen Prozeß anwenden: es sei (in dem zu behandelnden Fall) über die Klagaufforderung „im regelmäßigen, objectiv geeigneten Verfahren“ zu verhandeln und zu entscheiden.

5) Der Diffamant kommt weder der richterlichen Aufforderung nach, noch erscheint er im Termin. Diesem Fall stehen die zum Theil schon erwähnten Fälle gleich, wo der Diffamant innerhalb der ihm gelassenen Frist zwar eine Klage aber eine inepte anstellt oder im Termin erscheint und frivole dilatorische resp. inepte Einreden gegen die Diffamationsklage vorbringt, oder endlich geradezu erklärt, er habe aus Irrthum 2c. diffamirt, habe aber in der That keine Klage[311b]. Ueberall muß nach den Grundsätzen über das Verfahren bei bedingten Mandaten auf Verlangen des Diffamaten die richterliche Auflage erneut werden, „und zwar jetzt mit Hinweglassung der justificatorischen Clausel“ d. h. in unserem Fall: des Termins zur Verhandlung der Sache, „und unter Androhung der Exekution“ der Strafe[312]; nur beim terminus cricumductus möchte zuvörderst die Anberaumung noch eines Termins zur Verhandlung sich nötig machen, welcher dann als der erste Termin zu gelten hätte. Es hat also einen guten Sinn, wenn die Praxis des R. K. G. und die ältere Doctrin fast einstimmig die Wiederholung der Auflage (citatio scil. ad agendum) an den Diffamanten fordern. Gaill[313] berichtet:

> Et ita se habet communis et in camera approbata opinio: Bina citatio requiritur, ad hoc, ut contumaci perpetuum silentium imponatur.

Schon die Italiener waren der Mehrzahl nach derselben Ansicht[314], die meisten Deutschen sind gefolgt.[315] Doch taucht schon

311b) Vgl. A. C. J. Schmid, Lehrb. § 184 S. 56 sub. 2 und namentlich Not. 22.

312) Vgl. v. Bayer a. a. O. § 18 S. 54.

313) Obss. I. 12 n. 4.

314) S. die Nachweisungen bei *M.* p. 60. Not. 115. Vgl. dazu Jo. Faber, in L. diffamari n. 2. (*M.* p. 85).

315) Vgl. die Nachweisungen in Eu. Fabricii Repetitt. Gaill. p. 8,

frühzeitig auch die entgegengesetzte Meinung, daß eine Auflage genüge, auf[316] und „die neuesten Prozeßualisten neigen sich stillschweigend oder ausdrücklich" mehr zu dieser hin.[317] Das hat seinen Grund darin, daß man das Wesen des Diffamationsprozeßes überhaupt verkannte. Doch ist die neuere Ansicht keineswegs die herrschende, denn es halten noch Manche und darunter v. Bayer[318] an der Notwendigkeit der zweimaligen Auflage fest. Auch wir thun dieß und glauben, daß alle Verbesserungsvorschläge, welche man in neuerer Zeit für das Verfahren ex L. diffamari gemacht hat, als überflüßig erscheinen, sobald man nur die wahre Natur des hergebrachten Verfahrens richtig erkannt hat und dadurch die in der Praxis herrschenden Zweifel beseitigt.

Sobald der Diffamant die zweite ihm zur Klage gestellte Frist ungehorsam hat verstreichen lassen, tritt gegen ihn ein Contumacialverfahren ein, dessen Betrachtung uns nun beschäftigen soll.

2) Die Folgen der contumacia des Diffamanten.

§. 34.

Dem Diffamanten, welcher der an ihn ergangenen richterlichen Aufforderung zu klagen, oder sich gegen die Diffamationsklage zu vertheidigen, in keiner Beziehung nachkommt, wird vom Richter „ewiges Stillschweigen" auferlegt. Daß dieses Auferlegen „ewigen Stillschweigens" lediglich als Strafe der contumacia des Diffa-

---

außerdem bei den von Wetzell a. a. O. S. 73 Not. 55 Citirten. Im sächs. Prozeß steht die Notwendigkeit der zweimaligen Auflage gesetzlich fest. Erläuterte Proz. Ord. v. 1724. V § 6. Vgl. Biener, Syst. § 302. Daß nur bei längeren Fristen (von einem Jahr und mer) einmalige Citation hinreiche behauptet Petr. Friderus Mindanus, De mandatis et monitoriis iudicialibus sine clausula tractatus. Francof. ad Moen 1618. 4⁰. L. II. c. 2 § 2.

316) Hieronym. Cagnolus l. l. §§ 7. 8. Das „Examen processus ex L. diffamari" bei Gylmannus l. l. p. 554. S. Andere bei Fabricius l. l.

317) Wetzell a. a. O.

318) A. a. O. § 57 sub B S. 140.

manten zu betrachten sei, ist unbezweifelt[319], ja Wetzell[320] geht so weit, schon die Klage des Diffamaten selbst als einen qualificirten Contumacialantrag aufzufassen, indem er, von dem Grundsatz ausgehend, diffamare est ad iudicium uocare, die Diffamation als Privat-Ladung vor Gericht ansieht, welche den Diffamanten zu ihrer weiteren Verfolgung verpflichten und „ebenso den Diffamirten berechtigen soll, die Erfüllung dieser Pflicht bei dem für die Anstellung der erwarteten Klage competenten Gericht zu erwirken." Allein abgesehen von allem Uebrigen, was sich gegen diese Ansicht sagen läßt und zum Theil schon erwähnt ist, muß behauptet werden, daß es im neuern Prozeß keine Privatladung vor Gericht giebt, woraus folgt, daß die Diffamation nicht als solche angesehen werden darf. Wollte man aber selbst zugestehen, in der diffamatio liege eine Privatladung, so könnte man im äußersten Fall doch nur einräumen, daß durch die Privatladung der Ladende sich zur weitern Verfolgung der Ladung d. h. zur editio actionis verpflichte und daß er, sobald er diese unterläßt, seiner Privatverpflichtung entgegenhandle, keinenfalls aber, daß er schon dadurch als contumax erscheine, denn contumacia ist bloß einer richterlichen Auflage gegenüber denkbar. Und zu fingiren, daß in der Diffamation eine gerichtliche Ladung liege, so weit will Wetzell selbst nicht gehen, indem er dieselbe ausdrücklich als einen „außergerichtlichen Act" bezeichnet. Auch paßt zu der Wetzell'schen Aufstellung das Petitum der Diffamationsklage nicht im Mindesten. Wer wollte in der Bitte: dem Beklagten unter Androhung der Strafe ewigen Stillschweigens aufzugeben, seine Klage anzustellen, einen Contumacialantrag (wenn auch nur einen qualificirten) er-

319) Ueber die Ansichten der Italiäner vgl. *M.* p. 56 und die Citate in Not. 103. S. außerdem Azo Lectura in L. diffam. (*M.* p. 72). Accursius Gl. in L. diffamari s. u. Inquietudinem (*M.* p. 78). Baldus in L. diffam. n. 6 (*M.* p. 97). Von Deutschen nennen wir bloß Blarer l. l. Summa L. diffamari n. 30 sqq. Gaill I. 12 n. 4 sqq. Roding, Pand. cam. III. 47 p. 335. Danz a. a. O. § 27 und die dort Not. 6 Citirten. Glück a. a. O. Bd. VI. S. 495. Martin, Lehrb. § 256 a. E.

320) A. a. O. S. 671.

kennen? Selbst wenn darin, daß der Diffamant es unterläßt, seiner durch die Ladung übernommenen Verpflichtung zur Fortsetzung der Sache (seine „in der Diffamation enthaltene Ladung ... erst noch durch die Klage zu vervollständigen"), nachzukommen, eine contumacia läge, so hätte es keinen Sinn, wenn nachträglich für diese contumacia eine Strafe angedroht würde und es würde diese nachträgliche Androhung auch nicht gerechtfertigt dadurch, daß man sagt: es müsse die in der Diffamation enthaltene Ladung erst noch „als außergerichtlicher Act zu dem erforderlichen Grad gerichtlicher Gewißheit erhoben werden." Zu gerichtlicher Gewißheit erhoben werden Thatsachen durch den Beweis. Es müßte also auf die bescheinigte oder bewiesene Diffamation (= außergerichtliche Ladung) die Strafe der (wann eintretenden?) contumacia sofort anwendbar sein, keinenfalls aber dürfte sie nachträglich erst angedroht werden.

So können wir in der Wetzell'schen Ansicht, mögen wir sie betrachten, wie wir wollen, keine uns ansprechende Seite entdecken. Wol aber glauben wir es rechtfertigen zu können, wenn wir sagen, der Diffamant, welcher den beiden richterlichen Auflagen in keiner Weise nachkommt, ist ungehorsam gegen richterliche Befehle, also contumax und es kann daher seine contumacia von dem Diffamaten jetzt wirksam angeklagt werden. Daß accusatio contumaciae erforderlich und purgatio contumaciae zuläßig ist, dürfte — obgleich bei den Italienern darüber Streit war[321] — heutzutage allgemein angenommen werden.[322]

§. 35.

Daß die sonderbare Strafe der contumacia: das Auferlegen ewigen Stillschweigens, der Strafe des ungehorsamen Klägers in dem alt-deutschen Recht entspreche, wie Wetzell[323] annimmt, möchte

---

321) Vgl. *M.* p. 60. 61.

322) Danz a. a. O. § 27. Martin, Lehrb. 256 a. E. v. Bayer a. a. O. § 57 S. 140 sub B. Wetzell a. a. O. S. 74.

323) Wetzell a. a. O. S. 73 Not. 56.

ich bezweifeln. Wenn auch die deutschrechtlichen Quellen zu beweisen scheinen, daß der Beklagte, sobald der Kläger ungehorsam ausbleibt, von dieser, der anhängigen, Klage entbunden werde[324], so ist doch keineswegs gesagt, daß er wegen desselben Gegenstandes später nicht noch einmal sollte belangt werden können. Denn obgleich es auch von dem mit einer kriminellen Anklage Belangten heißt, daß er von der Klage entbunden werde, sobald der Ankläger ausbleibe, so bedarf es doch, wenn der Beklagte sich für immer reinigen will, des sog. Inzichts- oder Beyzig-prozesses. Auf einen bestimmten Termin wird Jeder vorgeladen, welcher die Anklage zu beweisen bereit ist. Erscheint Niemand in 3 Terminen, so wird der Angeklagte zum Reinigungseid zugelassen und dann frei gesprochen.[325]

Aber selbst wenn im altdeutschen Civilverfahren der Satz gegolten hätte, der ausbleibende Kläger sei „mit der Klage ab und zur Ruhe" zu verweisen d. h. der Beklagte sei völlig freizusprechen, so hätte das immer noch nichts mit unserer impositio silentii zu thun. Das Dogma von dieser haben die Italiener aufgestellt. Hätten dabei germanische Rechtsideen eingewirkt, so würde sich das nur so denken lassen, daß die germanischen Sätze von der Bestrafung der contumacia actoris von den Glossatoren angenommen und auf den zur Klage provocirten Diffamanten angewendet worden wären. Allein es steht gerade fest, daß die Glossatoren nicht lehrten der ausbleibende Kläger werde „ab und zur Ruhe verwiesen",

324) Sachsensp. II. 8. Erscheint in Folge einer kriminellen Anklage der Beklagte, der Kläger aber nicht, so soll Letzterer wetten und büßen: ok delt man jeneme der klage ledig. Richtsteig 26 § 2. Wer sich 3 mal dem Gericht auf eine Klage gestellt hat, ist der clage loz; soll keine not mer dar ymme leiden. Goslarer Stadtrecht (Göschen) S. 48 Z. 6 ff. Wenn der Kläger nicht erscheint, wird der Beklagte freigelassen. Senckenbergs Gerichtsbüchlein (l. l. p. 150): Erscheint aber der Antbürter und der klager außpleipt so soll er warten und geit man im ain expectanz und sol im der klager die schäden abthun und sol begern in der klag und des gerichts ledig zu sprechen darnach und die sache gestalt und groß oder klein ist.

325) Maurer, Geschichte des altdeutschen öffentl. u. mündlichen Gerichtsverfahrens. Heidelb. 1829. S. 209 f. Walter, dtsche. Rechtsgeschichte II. 760 S. 428.

sondern daß sie im Ganzen dem neuesten Römischen Rechte folgten. Das beweist namentlich die aus Nou. 112 c. 3 gezogene Authent. de litigiosis §. omnem zu C. 8 quomodo et quando iudex (7. 43), auf welche die Prozeßschriftsteller jener Zeit, wie Pillius[326], Tancred[327], Durantis[328] u. A. recurriren. Durantis und ähnlich die Andern unterscheiden zwischen der contumacia des Klägers vor der Litiscontestation und nach derselben. Ist der Kläger vor der Litiscontestation ungehorsam ausgeblieben, so erfolgt dreimalige Edictalcitation in Zwischenräumen von 30 Tagen und dann wird noch ein Jahr gewartet. Erscheint innerhalb des Jahrs der Kläger, so kann er, sobald er die erwachsenen Kosten trägt resp. erstattet, die Sache fortsetzen. „Si uero non uenerit intra annum ipsum; iudex audiat allegationes et testes rei praesentis; et rei ueritate perquisita, sententiam ferat super principali.“ Wird der Kläger aber erst nach der Litiscontestation contumax, dann ist er in Zwischenräumen von je 10 Tagen dreimal edictaliter zu citiren: „Et si liquet uel liquere potest de causa, iudex sententiabit secundum causae merita.[329] Si uero non liquet plene de causa, absoluat reum praesentem ab obseruatione iudicii[330] nullo regressu ad causam[331] reseruato actori, et in omnem causae euentum condemnet actorem absentem in expensis. — Schon vorher aber hat

326) Ordo iudicior. P. III § 19. De abs. actore Ed. Bergmann. Gott. 1842. 4. p. 86.

327) Ordo iudiciar. P. II Tit. 4 § 2. Ed. Bergmann. p. 138 sq. S. jedoch auch den Excursus ad Tancred. P. 1 tit. 2. Bei Bergmann p. 316 nu. 10. 11.

328) Specul. L. II. Partic. I. De contumacia § 2 (nunc nobis) n. 3 (p. 101).

329) Pillius l. l. nennt dieß Erkenntniß „sententiam, scilicet diffinitiuam.“

330) Von diesem Erkenntniß braucht Pillius den Ausdruck: (iudex poterit ferre sententiam) ... legitimam i. e. interlocutoriam, latam super expensis restituendis et absolutione observationis iudicii et cautionum, quae secundum leges fiunt.

331) D. h. zu dieser anhängigen Sache, zu diesem anhängigen Prozeß.

Durantis von der Praxis seiner Zeit berichtet: „Hodie autem (actor) punitur in expensis, nisi ueniat in primo uel secundo termino; nec admittitur ad aliam citationem, nisi praestita cautione idonea, quod in termino fideliter comparebit." Die obigen Bestimmungen beziehen sich also erst auf die Abwesenheit des Klägers auch im 3. (peremptorischen) Termin.

Von einer völligen Freisprechung des Beklagten, um dadurch die contumacia des Klägers zu strafen, von einem Verlust des Klagrechts des Letzteren — und dieser liegt in der impositio silentii (s. u.) — ist somit nirgends die Rede.[332] Es möchte daher erwiesen sein, daß die den Diffamanten zur Strafe seiner contumacia treffende impositio silentii nicht auf die Lehre von der Bestrafung der contumacia actoris sich zurückführen lasse und damit ist wieder ein Hauptbeweis unserer Gegner für den Satz: der Diffamat sei schon im Provokationsverfahren eigentlicher Beklagter, der Diffamant eigentlicher Kläger, gefallen, ja wir haben den augenscheinlichen Gegenbeweis in Händen, da, wenn jener Satz richtig wäre, eben nicht impositio silentii, sondern das gewönliche Contumacialverfahren gegen ausbleibende Kläger dem Diffamanten gegenüber eintreten müßte.

§. 36.

Ich glaube, daß die Italiener zur Annahme der impositio

332) Nebenbei möge bemerkt werden, daß auch in Deutschland überall die Grundsätze der Glossatoren über die contumacia actoris, nur mit Hinweglassung der überlangen Fristen Eingang gefunden haben, selbst in Ländern des sächsischen Rechts. Vgl. Henning Goeden, Iudiciarii ordinis Processus. Col. (MD) LXXXII. 8. Rubr. 28 n. 10. Chilian Goldstein, Enchiridion Processus iudiciarii etc. (Frankf. a. M.) 1579. 8. Pars Ia tit. De contumacia actoris (p. 15). Besonders: Chilian König, Practica und Proceß c. 36. Von dem ungehorsam deß klegers und seiner peen. Guil. Hannetonius, Tractat. de iudiciorum ordine ac forma. Col. Agr. 1584. 8°. Pars IIa Tit. de contumacia rei et actoris. (p. 31 sq.) Albert Pölmann, Der gantze Proceß des ordentl. Gerichts in bürgerl. Sachen, wie es bei den Untergerichten dieses Herzogthumbs Preussen gehalten wird. Königsberg i. Pr. 1577. 4°. Th. I. Von der Citation. Fol. 3b u. 4a.

silentii als poena contumaciae diffamantis dadurch gekommen sind, daß sie das remedium durch die L. diffamari zu begründen versuchten. Namentlich die Worte jener C. 5 de ingenuis manumissis (7. 14):

> Vnde constat merito rectorem prouinciae commotum allegationibus tuis, sententiam dedisse, ne de cetero inquietudinem sustineres. Si igitur adhuc diuersa pars perseuerat in eadem obstinatione, aditus praeses prouinciae ab iniuria temperari praecipiet.

sind es, auf welche sie großes Gewicht zu legen scheinen.

Denken wir an den ersten Gebrauch des remedium bei dem Scholaren, der abreisen wollte, so war es geradezu nötig, wollte man anders den Zweck der Provokation erreichen, dem Gläubiger zu sagen: Klage bis zu der und der Zeit und wenn du bis dahin nicht geklagt hast, so wirst du mit deiner Klage nicht gehört. Für ein solches Entziehen des Klagrechts suchte man nach Analogien im Römischen Recht und glaubte eine solche in den obencitirten Worten der L. diffamari zu finden. Azo[333] erklärt dieselben:

> Implorabat ergo diffamatus de ingenuitate officium iudicis, ut praefigeret illi (diffamanti) diem ad contradicendum. Ille non uenit et sic pronunciat iudex: „ne de cetero inquietudinem sustineat.“ Si igitur diuersa pars in eadem obstinatione post illud tempus perseueret, praecipiet praeses: „ab iniuria temperari“, quia ei denegabit iurisdictionem suam.

Später fährt er fort:

> Et induxit istud argumentum ad illud: cum Bononiensis etc. (s. S. 59). Et praeses praefiget diem intra quem conueniat eum. Quo elapso non poterit mouere quaestionem, ut hic dicitur.

Dasjenige, was aus der Lex diffamari für den vorliegenden

---

333) Lectura in L. diffamari s. u. seu errore. *M.* p. 72.

Fall gewonnen werden soll ist nicht sowol der Satz, daß unter Umständen ein Zwang zur Klage eintrete, denn Azo erkennt, wie aus seiner Interpretation hervorgeht, wol, daß es sich in der L. diffamari nicht um einen eigentlichen Zwang zur Klage handle, als vielmer eine Analogie für die Entscheidung, daß der Richter zur Strafe beharrlichen Ungehorsams eine denegatio iurisdictionis eintreten lassen kann. — An anderer Stelle heißt es bei Azo[334]:

> Solet fieri quaestio, an iudex possit praecipere ut agat usque ad quinquennium et si non egerit, se postea non auditurum. Et est argumentum in hac Lege (c. un. ut nemo inuitus etc.), quod non .... Sed melius est, ut causa cognita, id possit statuere...., ut Ĩ. de ingen. manum. L. diffamari etc. Item quaeritur, si iudex uelit alicui agenti uel conuento statuere terminum, intra quem producat omnia sua iura, an possit? Et dicitur, quod sic. Arg. Ĩ. de ingen. manum. L. diffamari etc. Sed pone, quod postquam se dixerit iudex nolle audire agentem uel conuentum, nisi produceret iura sua intra terminum sibi assignatum, et non produxit: numquid poterit iudex ipsum audire? Et certe uidetur, quod sic: quia quod iussit uetuitue praetor contrario iudicio tollere potest...., quamquam sententiam diffinitiuam reuocare non posset.

Aehnlich sagt Accursius:[335]

> — puto, iudicem debere ei statuere tempus intra quod agat et postea eum non audiri; arg. .... Ĩ. de ingenuis manumissis L. diffamari etc.

und in der Erläuterung der L. diffamari selbst zu dem Wort sententiam[336]:

334) Summa in C. Vt nemo inuitus etc. (*M.* p. 74).
335) Gl. ord. in Tit. C. Vt nemo inuitus. (*M.* p. 77).
336) Gl. ord. in L. diffamari. (*M.* p. 77.)

Vel dic quod praeses statuerat certum tempus, infra quod inciperet agere: quod potest denegando sibi postea iurisdictionem .... Et etiam poenalem potest indicere mulctam.... Et sunt haec omnia argumenta pro scholari, qui uult recedere et Bononienses differunt eum conuenire in recessu.

Ueberall finden wir die Vorstellung, daß in der Lex diffamari ein Fall enthalten sei, wo der Richter dem Ungehorsamen seine Jurisdiction verweigere und daß derselbe eine Analogie biete für den Fall, wo der Richter die Anstellung der Klage unter jenem Präjudiz auferlegt habe. Man sagt also consequent, der Richter könne, wenn nicht geklagt wird, seine Jurisdiction versagen, er könne aber unter Umständen von dieser Versagung Umgang nehmen, man läßt mit der Androhung der Strafe der Verweigerung der Jurisdiction die Androhung einer Geldstrafe concurriren. Jene Androhung der Jurisdictionsverweigerung genügte auch für den ursprünglichen Fall unseres remedium vollständig. Der Gläubiger des Scholaren brauchte nur zu wissen, daß ihm im Augenblick der Abreise des Letzteren die Jurisdiction werde denegirt werden, so war seiner malitia schon hinreichend entgegengearbeitet. Ein eigentliches Urteil wurde gar nicht gesprochen, sondern bloß der Termin zum Klagen anberaumt unter dem Präjudiz, daß nachher die Jurisdiction verweigert werde. Anders gestaltet sich die Sache bei Innocenz IIII.[337] Dieser spricht zuerst von einer richterlichen Auflage, die Klage innerhalb einer gewissen Zeit anzustellen, widrigenfalls aufgegeben werde, von der Diffamation abzustehen:

— iudex dabit episcopo tempus intra quod doceat de iure suo, alias iubebit eum cessare a diffamatione.

Anderwärts[338] freilich begegnen wir bei Innocenz der bis dahin gewönlichen Auffassung

— causa cognita potest statuere (iudex), ut intra

337) In cap. conquerente (5) X. de offic. ordinar. (1. 14).

338) In cap. lator (5) X. qui filii sint legitimi (4. 17).

> certum tempus agat actor. alioquin ulterius non audietur ....

Doch scheint er auch hier ein besonderes Urteil, der Diffamant sei nunmer, nach Ablauf des Termins zur Klage, mit derselben nicht zu hören, vorauszusetzen. Dieß ergiebt sich aus folgender Stelle:[339]

> Sed quid si ante contractum matrimonium, sed post terminum transactum, uelint accusare? Item quid si dictum sit in banno, quod ultra terminum non audietur? Respon. si sic dictum sit audiendus est ante contractum matrimonium .... post contractum autem non debet audiri .... Quidam tamen dicunt sententiam hanc, scilicet quod nullus de caetero contra illud matrimonium (non) audiatur, necessariam ad hoc, ut non audiatur. sup. de inge. manu. diffamari. Sed respon. ibi sententiam necessariam esse, et ad hoc prodesse, ut etiam si matrimonium non sequatur, tamen post sententiam non audietur, secus autem, si non esset lata sententia, ut S̈. dictum est.

Es mußte natürlich, sobald das remedium neben seinem alten Zweck auch den verfolgte, den Diffamationen entgegenzuarbeiten, dasselbe eine andere Anlage bekommen. Nach Ablauf des Termins zur Klage mußte entweder durch Erkenntniß dem Diffamanten aufgegeben werden, nun nicht mehr zu diffamiren, oder durch Bescheid festgesetzt werden, den Diffamanten treffe nunmer unbedingt die Strafe der Jurisdictionsverweigerung. Es handelte sich ja nicht mehr darum, den Scholaren gegen chikanöse Verhinderung seiner Abreise sicher zu stellen, sondern darum, dem Diffamanten für die Zukunft den Mund zu stopfen. Innocenz scheint noch unentschieden: das Erkenntniß auf Stillschweigen (Unterlaßen der Diffamation) sowie dasjenige auf Verlust des Klagrechts (Verweigerung der Jurisdiction: ne de cetero audiatur) kommt, wie wir gesehen,

339) In cap. cum in tua (6) X. qui matrimon. accusare possunt (4. 18.)

bei ihm vor. Das Letztere scheint aber im Anschluß an die bisherige Entwickelung der Doctrin bald den Sieg davon getragen zu haben, denn schon Durantis[340] sagt:

> Quandoque tamen cogitur quis, ius suum intra certum tempus prosequi: quod si non fecerit priuatur iure suo agendi.

Der Verlust des Klagrechts schließt aber das Auferlegen des Stillschweigens (sowol was das Anbringen neuer Klagen über die fragliche Angelegenheit, als das unberechtigte Berühmen mit dem nunmer klaglosen Anspruch betrifft) in sich. In dem damaligen Gerichtsstil pflegten absolvirende Erkenntnisse überhaupt so verabfaßt zu werden, daß dem Kläger für die Zukunft Stillschweigen auferlegt wurde.[341] Es war also impositio silentii eine technische Bezeichnung für den Verlust des Klagrechts. So ist es denn kein Wunder, daß für unser Contumacialurteil, wodurch das Klagrecht abgesprochen, auch der Ausdruck imposito silentii gebraucht wurde. Der ganze Hergang aber läßt sich entnehmen aus einer Stelle des Joannes Faber[342], der einer Controverse Erwähnung thut, die sicher mit der historischen Entwickelung des Verhältnißes im Zusammenhange steht, und leicht hätte entschieden werden können, wenn man sich nur recht bewußt gewesen wäre, daß man mit dem neuen remedium ex L. diffamari auf ganz anderem Boden stand, als die Glossatoren mit ihrem Klagzwang zum Schutz des abgehenden Scholaren. Die Stelle bei Faber heißt:

> Et dic, quod, quamuis esset tempus praefixum elapsum, nihilominus agi possit, nisi esset per sententiam silentium impositum.... Et sic tenet Innocentius.... Et forte debent dari duo libelli: unus ut

340) Spec. Lib. I part. II de actore § 1 nu. 84. (*M.* p. 83).

341) Durantis, Spec. Lib. II part. III de sententia § 6 n. 9 (Edit. laud. p. 427). Vgl. das Formular eines absolutorischen Erkenntnisses bei Ioannes Andreae, Summula de processu iudicii. Ed. Wunderlich. Basil. 1840. 8. C. 11 p. 55. S. im Allg. Hieronym. Cagnolus l. l. § 1.

342) In L. diffamari n. 2. (*M.* p. 85).

> tempus praefigatur, alius elapso termino, ut silentium imponatur, ut uidetur per hanc L. Quidam tamen dicunt, sufficere unum, in quo concludatur, quod cessetur. Et hanc uidetur sequi Innocentius.

Später werden wol hie und da alte Erinnerungen wach, im Ganzen aber steht fest, daß dem ungehorsamen Diffamanten sein Klagrecht durch Erkenntniß abgesprochen werde, worin natürlich auch eine Befreiung des Diffamaten von der Klage lag, obwol man sich hütete, denselben förmlich zu absolviren.

Es mag auf die Ausbildung unserer Lehre auch die Entwicklung des remedium ex L. si contendat eingewirkt haben. In Bezug auf dieses lehrt Bartolus[343]:

> Videte quando quis habet exceptionem uigore legati uel fideicommissi, tunc ipse primo habet exceptionem, secundo habet actionem, ut liberetur pacto uel accepti latione, ut hic, tertio potest implorare officium iudicis, ut pronuncietur, eum non debere, uel quod imponatur silentium actori.

Rücksichtlich des remedium ex L. diffamari bemerkt Bartolus[344] nur:

> — tunc est iusta causa statuendi terminum tibi; intra quem accusare possis, alias non audieris.

Auch Baldus spricht zunächst nur davon, daß die Auflage, zu klagen unter dem Präjudiz erfolge, daß nach Ablauf des bestimmten Termins der Provokat nicht mehr gehört werde.[345]

---

343) In L. liberationem (3) § nunc de effectu (3) ff. de liberat. legat. (34. 3) n. 2 (*M.* p. 88). Cf. Bartol. in L. finita (15) § eleganter (28) ff. de damn. infecto (39. 2) (*M.* p. 90) und in L. si contendat (28) ff. de fideiussorib. (46. 1) (*M.* p. 90). Cf. Paulus de Castro in L. si contendat cit. (*M.* p. 109).

344) In L. Titia (18) ff. de accusationib. et inscriptionib. (48. 2) n. 8 (*M.* p. 92). Aehnlich: In L. pupillus (4) C. de usuris pupillarib. (5. 56). (*M.* p. 93).

345) In Tit. Cod. Vt nemo inuit. (3. 7) (*M.* p. 95). In Auth. ad haec C. de usuris (4. 32) (*M.* p. 96).

Weiter aber sagte er bei Gelegenheit der Erklärung der L. diffamari:

> imponitur (diffamanti) silentium, ne ulterius infamet uel inquietet.[346]

Näher wird dieß dahin bestimmt[347]:

> Modo quaero, quomodo formetur sententia contra infamantem? Respondeo, ne de cetero infamet. Certe per hoc non esset plane consultum diffamato, quia non esset uia praeclusa agendi sine diffamatione et ideo L. nostra dicit, quod iudex debet pronunciare, ne de cetero inquietetur. Quod idem est, quod imponere perpetuum silentium super diffamatione et ipsa causa .... Sed numquid iudex pronunciauit, diffamatum esse liberum? Respondeo non, quia non probauit de libertate sua ....[348]

Bei Bartolomäus de Saliceto[349] und Ludovicus Pontanus[350] kehrt das „alias ultra tempus non audietur" wieder; doch hat Letzterer auch eine Stelle[351], wo es mit Bezug auf eine statutarische Bestimmung, die aber ein ganz ähnliches Verhältniß betrifft, heißt:

> dicendum est, quod potest ipse emptor, etiam nulla praecedente diffamatione gridas et bannimenta secundūm formam dicti statuti mittere continentes, quod, si quis sit uolens dicere, quod talis uenditio iure facta non fuerit, intra certūm terminum (hoc faciat), postmodum non audiendum eidem silentium imponendo.

Hier ist es also ganz deutlich gesagt, wie das „silentium im-

346) Nr. 4 (*M.* p. 96). Cf. nro. 7 (*M.* p. 97).

347) Ibid. nro. 8. (*M.* p. 98).

348) Cf. Baldus in L. si ea (7) C. de iis qui accusare non possunt (9. 1) n. 9 (*M.* p. 100).

349) In L. diffamari. (*M.* p. 102).

350) Consil. LIII. (*M.* p. 103. 104).

351) Ibid. (*M.* p. 106).

ponere" gleich sei, dem „alias non audietur."[352] Daß Beides auf die Worte der L. diffamari zurückgeführt wurde, zeigen die obencitirten Stellen des Baldus. Uebrigens hat man auch noch anerkannt, daß gerade im vorliegenden Fall, besondere Zweckmäßigkeitsgründe das Auferlegen des Stillschweigens empfehlen.

Mit Baldus übereinstimmend sprechen sich auch die späteren Italiener aus und wie man in Deutschland die impositio silentii auffaßte, zeigt Bartolomäus Blarer[353], indem er sagt:

> item perpetui hic silentii impositionem tantundem operari, ac si diffamatus recta ac diffinitiue per sententiam iudicis absolutus esset: siquidem silentium hic super diffamatione ac ipsa causa intellegitur: et ne de cetero quis inquietudinem sustineat, ut uerba legis in hoc clara sunt.

§. 37.

Aehnlich hat man in Deutschland die impositio silentii bis in die neueste Zeit betrachtet.[354] Auch wir sind nicht abgeneigt die Strafe der contumacia des Diffamanten in dem Verlust seines etwaigen Klagrechts im weitesten Umfang zu erkennen. Wenn wir auch nicht zugeben können, daß in der impositio silentii ein eigentliches absolvirendes Urteil für den Diffamaten dem von den Diffamanten behaupteten Anspruch gegenüber enthalten sei, wie die Anhänger der Meinung diffamare est ad iudicium uocare anzunehmen scheinen, da nach ihrer Ansicht die Anstellung der fraglichen Klage zu fingiren, also auf Letztere zu erkennen ist — wobei es jedoch nicht ohne Widerspruch abgeht, indem gegen den fingirten und jetzt ungehorsamen Kläger consequenterweise bloß das gewönliche Con-

---

352) Vgl. namentl. noch Angel. Aretinus in Tit. I. de exceptionib. (4. 13) n. 23. (*M.* p. 115).

353) L. l. XII n. 31.

354) Vgl. Berger, Electa § 42. Danz a. a. O. § 32 und die Citate in Not. 6. Schweitzer a. a. O. S. 144. 145. Biener, Systema § 303 i. f. v. Bayer a. a. O. § 57 Not. 8. A. C. J. Schmid, Handb. § 184. Heimbach a. a. O. S. 554.

tumacialverfahren mit schließlicher Entbindung des Diffamaten von der Instanz zuläßig sein würde — so gestehen wir doch zu, daß die Strafe der contumacia des Diffamanten der gerichtlich erklärte Verlust seines etwaigen Klagerechts ist.

Nach unserer Anschauung muß für den ex delicto zur Anstellung einer Klage Verpflichteten, welcher seiner durch richterliches Erkenntniß anerkannten Verpflichtung nicht nachkommt, ein besonderes Zwangsverfahren eintreten, denn eine directe Execution des richterlichen Urteils läßt sich nicht gut denken, da die gewönlichen Zwangsmittel dazu nicht ausreichen und unpassend sein würden. Höchstens wäre es möglich, den Zwang zur Klage auf indirectem Weg durch Geldstrafe, Einlegung von Wache ꝛc. auszuüben. Aber auch diese Mittel würden dem Zweck des remedium nicht entsprechen, da ja möglicher Weise der Diffamant gar keine Klage hat und es dem Diffamaten weniger darauf ankommt, daß wirklich eine Klage gegen ihn erhoben werde, als daß durch die gerichtliche Verhandlung gegen die geschehene Diffamation reagirt und künftiger Diffamation vorgebeugt werde. So rechtfertigt sich das Einschlagen eines besondern Wegs gegen den ungehorsamen Diffamanten vollkommen, eben so gut wie es als wolbegründet erscheint, wenn das R. R. gegen Denjenigen, der die ihm auferlegte cautio damni infecti nicht leistet, eine besondere Procedur angeordnet hat. Es ließe sich nun denken, daß man gegen den die Anstellung der Klage ungehorsam Verweigernden so vorschreite, daß man auf Antrag des Diffamaten nunmehr fingire, die Klage sei eingebracht und dann weiter ergehen lasse, was Rechtens. Dieß würde aber die Sache nur unnütz hinausziehen und in den meisten Fällen zu einem ganz ungenügenden Resultat führen, nämlich zur Absolution des Diffamaten von der Instanz, wobei nicht nur der Anspruch, sondern auch das Klagrecht des Diffamanten an sich bestehen bliebe und daher ferneren Diffamationen nicht energisch genug vorgebeugt wäre. Bei weiterer Diffamation würde derselbe Prozeß folgen, wie vorher, ebenfalls ohne entscheidendes Resultat, diesem wieder ein gleicher Prozeß und so fort. Die Grundlage für zukünftige Diffamationen wird nur dann

entzogen, wenn man gerichtlich dem Diffamanten erklärt: Du hast kein Klagrecht gegen den Diffamaten. Dann erst kann dem noch weiter Diffamirenden entgegengehalten werden: du bist ein böswilliger Lügner, Verläumder ꝛc. Dann also erst ist die ökonomische Ehre des Diffamaten gegen die etwaigen Angriffe des Diffamanten vollkommen geschützt. So hat denn unserer Meinung nach die Praxis den richtigen Weg gefunden, als sie anfing, die contumacia des Diffamanten mit dem Verlust seines Klagrechts zu bestrafen.

Wenn nun auch die falsche Interpretation der Lex diffamari nicht wenig dazu beigetragen hat, um die Lehre von der Auferlegung des perpetuum silentium festzustellen und auszubilden, so ist doch so viel ersichtlich, daß wir es hier nicht bloß mit einer falschen wissenschaftlichen Ansicht und deren Consequenzen zu thun haben. Das practische Bedürfniß war es, welches der Lehre von dem perpetuum silentium endlichen alleinigen Sieg verschaffte, und das zeigt sich auch darin, daß von allen Sätzen über das remedium ex L. diffamari keiner so unbestritten anerkannt wird, als der, daß dem die Klaganstellung ungehorsam unterlassenden Diffamanten zur Strafe ewiges Stillschweigen auferlegt, d. h. sein etwaiges Klagrecht durch richterliches Erkenntniß entzogen werden müsse. In Deutschland hat noch dazu die K. G. O. v. 1555 Th. II. Tit. 25 dem Auferlegen von „ewig Stillschweigen" eine gesetzliche Grundlage gegeben.

§. 38.

Ist aber in dem Auferlegen ewigen Stillschweigens ein richterliches Absprechen des Klagrechts des Diffamanten enthalten, so müssen wir auch einräumen, daß jene impositio silentii — obgleich selbst kein absolvirendes Urteil, da die Grundlagen ganz andere sind — doch in der nächsten und Hauptwirkung dem absolvirenden Urteil ganz gleichstehe, indem hier dem Kläger, dort dem Diffamanten, und wenn Beide das beste materielle Recht hätten, das Klagrecht verloren geht. Wir können also in dieser Beziehung die impositio

silentii wol mit dem absolvirenden Urteil vergleichen und Ersteres nach Analogie des Letzteren behandeln, namentlich was den Einfluß des Verlusts des Klagrechts auf das die Klage begründende Recht selbst anbetrifft. Wenn wir z. B. annehmen, daß trotz des absolvirenden Urteils eine naturalis obligatio zwischen dem mit Unrecht Freigesprochenen und dem Kläger bestehen bleibe, müssen wir auch zugeben, daß der etwaige Anspruch des Diffamanten an den Diffamaten als naturalis obligatio trotz der impositio silentii fortbestehe. Freilich wird dieser naturalis obligatio keine andere Kraft zukommen, als jener naturalis obligatio zwischen dem Kläger und dem mit Unrecht Freigesprochenen. Namentlich möchte sie das solutum repetere ausschließen sowie zur Compensation benutzt werden können, dagegen aber das Pfandrecht untergehen und der Bürge aufhören verhaftet zu sein.[355] Daß übrigens die Wirkung „der förmlich erkannten poena perpetui silentii bei der prouocatio ad agendum in dem gänzlichen Verlust des Klagrechts, sammt allen accessorischen Rechten" bestehe, ist merfach anerkannt, theils im Allgemeinen, wie z. B. v. Bayer[356], theils in besondern Entscheidungen, so rücksichtlich der Bürgen von Leyser.[357]

Sollte der Diffamant nach Auferlegung des ewigen Stillschweigens von seiner Klage Gebrauch machen, so steht ihm eine auf die richterliche Auflage des perpetuum silentium gegründete, nach Analogie der exceptio rei iudicatae zu behandelnde Einrede des Diffamanten entgegen.

Die Kosten anlangend, so ist es zweifellos, daß dem zur Strafe seiner contumacia mit perpetuum silentium Belegten, das Tragen resp. Erstatten derselben aufzugeben ist.

355) Es ist natürlich hier nicht am Platz, die einzelnen Streitfragen, welche rücksichtlich des Zurückbleibens einer naturalis obligatio nach freisprechendem Urteil resp. über die Wirkungen einer solchen naturalis obligatio bestehen, zu entscheiden. Es genügt, das Prinzip aufgestellt zu haben, nach welchem die impositio silentii zu beurteilen. Ueber die Controversen selbst s. d. Lehrbücher u. namentlich Bekker, Prozessual. Consumption. Berl. 1853. 8. S. 284 ff.

356) A. a. O. § 57 S. 140 Not. 8.

357) Med. ad Pand. Spec. 81 med. 8.

Diffamirt der mit ewigem Stillschweigen belegte Diffamant noch weiter, dann werden gegen ihn äußere Strafen, namentlich Geldstrafen und Civilgefängniß[358] anzuwenden sein, unter Umständen findet jetzt auch die Injurienklage statt.[359]

Rechtsmittel sind gegen alle Erkenntnisse im Diffamationsprozeß nach allgemeinen Regeln zuläßig.[360] Nur rücksichtlich des Erkenntnisses gegen den Ungehorsamen auf impositio silentii finden die Grundsätze über Unzuläßigkeit der Appellation eines contumax[361] Anwendung.[362]

3. Die Competenzfrage.

§. 39.

Schließlich haben wir noch zu erörtern: Welches Forum ist für die Diffamationsklage competent? Wir würden nach unserer Auffassung des remedium unbedenklich sagen, das Forum des Diffamanten.[363] Allein gerade in Bezug auf die vorliegende Frage kommen wieder historische Thatsachen in Betracht und so können wir nicht kurz über dieselbe hinweggehen. Schon frühe (jedenfalls vor Bartolus) scheint sie aufgeworfen und der alten Anlage des remedium (Androhung der denegatio iurisdictionis auf den Fall, daß innerhalb der festgesetzten Zeit nicht geklagt werde) gemäß von

358) Ludovici a. a. O. Cap. V § 27. S. 61.

359) Biener, Syst. § 303 i. f.

360) Vgl. die Nachweisungen bei *M.* p. 63. Heimbach a. a. O. S. 554.

361) S. darüber v. Bayer, Vorträge über den gem. ordentl. Civilproz. § 312 S. 1032.

362) Glück a. a. O. VI S. 495 und die dort Not. 87 Citirten. A. M. scheint Heimbach a. a. O. Not. 116.

363) Diese vom theoretischen Standpunkt aus richtige Ansicht hat gesetzliche Anerkennung gefunden in der A. G. O. f. d. Preußisch. Staaten I. 32 § 4. Nur bei Diffamationsklagen gegen Ausländer soll das Gericht der Hauptsache competent sein. — Doch hat man in „neueren Staatsverträgen .... in Betreff des Gerichtsstands merfach die Regel des gem. dtschn. Prozeßrechts angenommen, wonach die Sache wegen präparatorischer Connexität an den Richter der zukünftigen Hauptsache gehört." Heffter a. a. O. § 219 S. 260. Ein derartiger Staatsvertrag besteht mit dem Königr. Sachsen. Staatsvertrag vom 30. Sept. 1819. Biener, Syst. § 300 Not. 4.

der Merheit dahin beantwortet zu sein, es sei das Forum des Provokanten ausschließlich competent. Als das remedium sich später in ein Schutzmittel gegen Diffamationen umwandelte und das Erkenntniß auf impositio silentii gebräuchlich wurde, hatte jener Satz seine natürliche Begründung verloren und wir hören daher schon Bartolus aussprechen, es sei eine auf Zweckmäßigkeitsgründen beruhende singuläre[364] Bestimmung, wenn hier einmal der Beklagte dem Forum des Klägers folge (s. o. § 14). Im Allgemeinen blieb aber jene Lehre die herrschende: die späteren Italiener und die Deutschen des 16. Jahrhunderts folgten derselben. Erst später erhob sich gegen sie starke Reaction und führte zu dem ausschweifenden Satz, jedes Forum, auch ein an sich für den Diffamanten wie Diffamaten incompetentes sei für die prouocatio ex L. diffamari zuständig.[365] Die „ganz falsche (dem Baldus zugeschriebene) Ansicht, daß in der außergerichtlichen Diffamation eine Aufforderung zur Vertheidigung liege und daher der Provokant als Beklagter bei Gericht auftrete", hat ebenfalls ihre Rolle gespielt und dazu beigetragen, der Lehre, das Forum für das remedium sei dasjenige des Diffamaten, einen besondern Halt zu geben[366]; die entgegengesetzten Meinungen sind nie zu

364) Dieß spricht in neuerer Zeit auch Thibaut, Pandekten § 1216 aus.

365) Meuius, Dec. III. 212 not. 3. B. L. Schwendendörffer, Processus Fibigiani obseruationibus ac formulis adaucti editio. Lips. 1691. 4°. P. 2 c. 2 memb. 2 sect. 3 n. 2 (citirt nach Leyser Spec. 81 med. 4). Carpzov., Opus decisionum illustrium Saxonicarum. Lps. 1670. Fol. Dec. 213. Brunnemann, Comm. ad Pand. II. 1. 18 n. 4. Berger, Electa th. 20. 21. 22. Id. Oeconom. iuris L. IIII tit. 32 not. 5. Vgl. noch die Nachweisungen bei Glück a. a. O. S. 494 Not. 81 und bei A. C. J. Schmid a. a. O. § 183 Not. 7. Diese Ansicht wollte man durch die Worte der L. diffamari: Praesidem unum atque alterum interpellatum a te uocitasse begründen, indem man sagte, es gehe daraus hervor, daß auch das officium eines an sich incompetenten Richters angerufen werden könne. Später behauptete man, es liege darin, daß der Diffamat (d. i. nach jener Ansicht der Beklagte) einen incompetenten Richter anrufe, eine freiwillige Erstreckung des Gerichtsstands.

366) v. Bayer, Theorie der summar. Prozesse § 55 S. 135. Vgl. z. B. die Ausführungen, bei Gaill., Obss. I. 9. n. 3. und Carpzov., Iurispr. for. I. 7. def. 17: „Ergo diffamator tamquam actor rei diffamati

rechter Geltung gelangt und diesem Umstand haben wir es zu danken, wenn noch heutzutage ziemlich allgemein angenommen wird, das Forum des Diffamaten sei das ausschließlich competente.[367] Freilich kommt noch hinzu, daß auch die Reichsgesetzgebung unsere Frage berührt. Selbst Diejenigen also, welche zugeben, daß es nach allgemeinen Regeln consequenter sei anzunehmen, daß „die Provokation bei dem Forum des Diffamanten angebracht" werde[368], glauben sich durch eine Bestimmung der Reichsgesetze gebunden.[369] Diese ist aber unseres Erachtens etwas anders zu interpretiren, als es gewönlich geschieht.

§. 40.

Es heißt in der K. G. O. v. 1555 Th. II. Tit. 25

> Demnach setzen und ordnen Wir, daß Lex diffamari an dem Cammer-Gericht verstanden und gebraucht werden soll, in Friedbrüchigen Schmach- und andern dergleichen Sachen ...., auch nicht anders, denn so die ansuchende Parthey, die in der Haupt-Sach Antworter, Uns und dem Reich sonst ohne Mittel unterworffen, oder an das Cammer-Gericht vermög Unser und des Reichs Ordnung, ohne Mittel gehörig ꝛc.

und weiter:

> Und so solche Prozeß erkannt, und darauf die Diffamation, wie sich gebührt, in Recht dargethan, so soll alsdann dem Diffamanten, so der Diffamirte dem Cammergericht in erster

forum sequitur." Cf. Carpzov. Dec. 31 u. anderwärts. Gerade nicht inconsequent ist Carpzov wenn er (Dec. 213) auch die Competenz jedes an sich für Diffamanten u. Diffamaten incompetenten Richters annimmt. Denn hier denkt er an freiwillige Prorogation des Gerichtsstands.

367) S. die Lehr- u. Handbücher. Auch die Praxis hält an diesem Satz fest. Vgl. z. B. das Erkenntniß des O. A. G. zu Lübeck bei J. J. Römer, Sammlung der Entscheidungen des O. A. G. zu Lübeck in Frankfurter Rechtssachen. 3. Bd. Frankf. 1857. 8. S. 200 ff.

368) Vgl. z. B. v. Bayer, Theorie der summar. Prozesse § 55 S. 135. Heimbach a. a. O. S. 545.

369) v. Bayer a. a. O.

> Instanz unterworffen, oder sonst die Sachen ihrer Natur nach dahin gehörig, vor demselbigen Cammer-Gericht: Wo aber der Diffamirte ohne Mittel dem Reich, aber in erster Instanz dem Kammer-Gericht nicht unterworffen, vor dem Richter, dahin die Sach ordentlich gehöret, eine genannte Zeit seine Klag vorzubringen, mit dem Anhang, wenn er dies nicht thut, daß ihm ein ewig Stillschweigen auferlegt seyn soll, angesetzt, und sonst, vermöge Unserer und des Reiches gemeinen Rechten und Ordnung gehandelt und procedirt werden.

Das R. K. G. soll also nur dann den Prozeß ex L. diffamari erkennen, wenn die ansuchende Partei (die in der Hauptsach Antwurter, also der Diffamant) dem Reich ohne Mittel unterworfen oder an das R. K. G. nach den Reichsgesetzen sonst unmittelbar gewiesen ist. Wenn aber (vom R. K. G.) der Diffamationsprozeß erkannt, dann soll unterschieden werden:

1) Ob der Diffamat dem R. K. G. in erster Instanz ohne Mittel unterworfen, welchenfalls dem Diffamanten „vor dem Cammer-Gericht .... eine genannte Zeit seine Klage vorzubringen mit dem Anhang, wann er das nicht thät, daß ihm ein ewig Stillschweigen aufgelegt sein soll, angesetzt werden" muß;

2) ob der Diffamant dem Reich ohne Mittel, aber dem R. K. G. in erster Instanz nicht unterworfen, welchenfalls dem Diffamanten „vor dem Richter, dahin die (Haupt-) Sach ordentlich gehört, eine genannte Zeit seine Klag vorzubringen mit dem Anhang ꝛc. angesetzt werden" soll.

Es erhellt, daß in beiden Fällen die Cognition über das remedium ex L. diffamari dem R. K. G. zusteht und daß die Unterscheidung sich bloß darauf bezieht, ob von dem R. K. G. dem Diffamanten aufgegeben wird, vor dem R. K. G. die Hauptklage anzubringen, oder aber dieselbe vor dem Gericht des Diffamaten anzustellen. Daß dieß der wahre Sinn der fraglichen Bestimmung sei, geht aus dem Folgenden hervor:

> Wo aber der Diffamat dem Reich nicht ohne Mittel unterworffen, auch der, oder die Sach, ihrer Natur nach, dahin

> in erster Instanz nicht gehörig: Soll auf Anhalten derselben Parthey an Unserm Kayserlichen Cammer-Gericht wider den Diffamanten, unangesehen, was Obrigkeit derselbe unterworffen, kein Prozeß erkannt, sondern die Sach in beyden Puncten der Diffamation und Haupt-Sach vor die ordentliche Gericht gewisen werden.

Wenn also der Diffamat landsässig ist, soll das R. K. G. in keinem Fall „Prozeß erkennen“ — was in den beiden vorhergehenden Fällen ausdrücklich zugelassen wurde —, „sondern die Sach in beiden Punkten, der Diffamatian und der Haupt-Sach vor die ordentlichen Gerichte“ weisen, woraus sich schließen läßt, daß da wo solche (Diffamations-) Prozesse von dem R. K. G. erkannt waren, wenigstens der eine Punkt, die Diffamation, nicht vor die ordentlichen Gerichte gewiesen wurde.

Diese sämmtlichen Anordnungen erklären sich übrigens aus der im Eingang des Tit. 25 ausgesprochenen ratio legis:

> Als auch durch die Prozeß ex L. diffamari .... den Partheyen wider Unsere Kayserliche und des Reichs-Ordnung, ihr ordentliche Gericht und Instantz abgeschnitten und entzogen werden; demnach setzen und ordnen Wir ꝛc.

Gewiß war es vorgekommen, daß Diffamaten, die dem R. K. G. nicht in erster Instanz unterworfen, das remedium vor dem R. K. G. gebraucht hatten und daß dieses Gericht auf Haupt-Klage vor dem R. K. G. erkannt hatte. Dadurch waren freilich den Diffamanten, die wir uns als dem R. K. G. unmittelbar unterworfen vorstellen dürfen (aus den Worten: „ohne Ansehen, was Obrigkeit derselbe — der Diffamant — unterworfen“ scheint hervorzugehen, daß man mit Rücksicht auf des Diffamanten Obrigkeit, d. h. den Kaiser, früher den Diffamations-Prozeß vor dem R. K. G. erkannte) ihre ordentliche Gericht und Instantz abgeschnitten, da von dem R. K. G. keine Appellation an ein höheres Gericht möglich war, während diese Appellation allerdings statthaben konnte, sobald die Entscheidung über die Hauptklage ein (für den Diffamaten competentes) Landesgericht ausgesprochen hatte.

Daher also die Bestimmung, daß bei landsässigen Diffamaten beide Punkte, die Diffamations- u. Hauptsache, vor die „ordentlichen Gerichte" gewiesen werden sollen, während diejenige, daß bei reichsunmittelbaren, aber dem R. K. G. nicht in erster Instanz unterworfenen Diffamaten die Hauptsache an das ordentliche Gericht kommen soll, daraus zu erklären ist, daß das Recht der Austräge ein Privilegium war, welches man dem Diffamaten für die Hauptsache, wo er Beklagter, nicht entziehen durfte.

Hieraus geht aber zweierlei hervor:

1) Daß die fraglichen Bestimmungen mit besonderer Rücksicht auf die Stellung des R. K. G. als höchstes Reichsgericht letzter Instanz, sowie die eigenthümliche Stellung mancher Reichsunmittelbaren den Reichsgerichten gegenüber, getroffen sind, also zunächst auch bloß für das R. K. G. gelten und nicht ohne Weiteres auf die Untergerichte anzuwenden sind;

2) daß wenigstens in einem Fall (so der Diffamat dem Reich ohne Mittel unterworfen, aber nicht in erster Instanz dem R. K. G.) das Gericht des Diffamaten nicht als das ausschließliche Forum für das remedium ex L. diffamari bezeichnet, sondern daneben die Competenz des R. K. G. anerkannt ist.

Daraus erhellt, wie unrichtig es ist, aus der K. G. O. herauslesen zu wollen, das Gericht des Diffamaten sei allgemein das ausschließliche Forum für die Diffamationsklage.

Auch § 83 des J. R. A.:

> . . . .; nach Erkennung der Processen aber, soll vor allem die Diffamation vollkömmlich erwiesen, und auf deren Beweisung die Haupt-Sach an das Gericht remittirt werden, wohin dieselbe ihrer Eigenschaft und Umständen nach gehört,

zeigt auf das Evidenteste, daß vor dem R. K. G. über Diffamationsprozeße erkannt wurde, während die Hauptsache nicht vor dem R. K. G. verhandelt werden konnte, wo also das R. K. G. nicht das ordentliche Forum erster Instanz des Diffamaten war. Wollte man also einen allgemeinen Satz aus den Reichsgesetzen herauslesen, so wäre es höchstens der: das Forum des Diffamaten ist für das

remedium ex L. diffamari auch competent, sicher aber darf man auf Grund der Reichsgesetze nicht behaupten, das Forum des Diffamaten ist ausschließlich competent.

§. 41.

Unterscheidet man nun auch mit Lotz[370] nach Ludolf und Danz zwischen Provokation aus der besondern Reichssatzung (prouocatio ex constitutione super L. diffamari) und der Provokation aus dem gem. deutschen Gerichtsgebrauch (prouocatio ex practica et dispositione iuris communis Legis diffamari), so wird man doch zugestehen müssen, daß Erstere immer das Vorbild für Letztere abgegeben und auf deren Gestaltung wesentlich eingewirkt hat. Es ist daher bei der Entscheidung gemeinrechtlicher Controversen die Verweisung auf die Analogie reichsprozeßualischer Bestimmungen gerechtfertigt und wir möchten auch rücksichtlich der Competenzfrage für das remedium ex L. diffamari den Satz aufstellen: das Forum des Diffamaten ist wol competent, aber nicht ausschließlich.[371] Vielmer ist nach allgemeinem Grundsatz (actor sequitur forum rei) anzunehmen, das ordentliche Forum für das remedium sei der ordentliche persönliche Gerichtsstand des Diffamanten.[372] Somit gäbe es für das remedium zwei fora: das ordentliche, nämlich das forum domicilii des Diffamanten und ein besonderes forum speciale, das Forum des Diffamaten.[373]

Man hat die Ansicht, der Gerichtsstand des Provokanten sei für das remedium ex L. diffamari, der ausschließlich competente wissenschaftlich wol so gefaßt, daß man sagte, es sei derselbe, weil das remedium ein präparatorisches Rechtsmittel, ein Gerichtsstand

370) A. a. O. S. 173. Citate in Not. f.

371) Geläugnet wird die Competenz des forum des Diffamaten von Lotz a. a. S. 162. 163 und den von C. A. J. Schmid Lehrb. § 183 S. 51 Not. 11 Citirten. S. außerdem I. H. Reuter, Dissertatio de foro competenti prouocationum ex practica L. diffamari etc. Hal. 1751.

372) S. oben u. vgl. noch von vielen Andern Voet Comm. in Pand. V. 1. 23.

373) Diese Ansicht ist schon aufgestellt von Gönner, Zusatz zu Danz a. a. O. § 23 Not. b.

der materiellen Connexität, oder vielmer es liege hier, wie v. Bayer[374] sich ausdrückt, ein Fall vor, „in welchem die positiven Bestimmungen des gem. Rechts eine Streitsache wegen ihrer Connexität mit einer andern, an den Gerichtsstand der Letzteren verweisen." Daraus allein ließe sich gewiß nicht die Ausschließlichkeit des Gerichtsstands herleiten, denn auch andere dergleichen fora continentiae causarum concurriren mit den ordentlichen persönlichen Gerichtsständen electiv. Aber es ist die Ansicht, daß jener Gerichtsstand ein Forum der materiellen Connexität sei, nicht einmal richtig, denn 1) ist der Diffamationsprozeß nicht immer eine präparatorische Sache, da er als solche doch bloß da gelten kann, wo ein Hauptprozeß folgt, was nicht regelmäßig der Fall; 2) ist es bei Anstellung der Diffamationsklage oft noch nicht gewiß, wo der etwaige Hauptprozeß verhandelt werden wird, da dem Diffamanten die ihm etwa zustehende Wal zwischen mehreren Gerichtsständen des Diffamaten nicht dadurch entzogen werden darf, daß der Diffamat einen dieser Gerichtsstände für das remedium wält (s. o.). Wenn aber der Hauptprozeß und Nebenprozeß troß der Anordnungen über das Forum des Letzteren bei verschiedenen Gerichten behandelt werden können, dürfen doch unmöglich jene Anordnungen als solche, die ein Forum der materiellen Connexität einführen, betrachtet werden.

Daß bei der Diffamationsklage auch ein prorogirter Gerichtsstand statthaben könne und daß dieser dann anzunehmen, wenn der Diffamant bei dem an sich incompetenten Forum sich auf die Diffamationsklage eingelassen, versteht sich nach bekannten Grundsätzen von selbst. Doch mögen wir es nicht billigen, wenn man weiter behauptet[375], es sei dann der Provokant verpflichtet, sich vor dem (für den Diffamationsprozeß) durch Prorogation competenten Gericht „mit der Klage, zu deren Anstellung er provocirte, belangen zu lassen." Dafür sprechen weder die Gesetze, noch die Natur der

374) v. Bayer, Vorträge über den ordentl. Proz. § 69 S. 211.

375) So A. C. J. Schmid, Lehrb. § 183 S. 50. 51 u. die dort Not. 10 Citirten.

Sache, da eben Diffamationsprozeß und Hauptprozeß zwei ganz getrennte, selbständige Streitfragen behandelnde Sachen sind.

Daß der Diffamant das von einem incompetenten Gericht gegen ihn erlassene bedingte Mandat annimmt und keiner der darin enthaltenen Auflagen nachkommt, wird nicht als Prorogation des Gerichtsstands betrachtet werden dürfen, „da die von einem notorisch incompetenten Richter erlassenen Ladungen ebensowenig verbinden, als die von einem solchen Richter geschehene Auflegung ewigen Stillschweigens Wirkung haben kann.“[376]

4. Schluß.

§. 42.

Aus dem Vorgetragenen ergeben sich noch einige Consequenzen für das Prozeßsystem. Daß in dem Prozeß nicht die Lehre von den Voraussetzungen und Wirkungen der Diffamationsklage vorzutragen, wurde oben gezeigt, indem wir diese Lehre dem Civilrecht vindicirten. Daß ferner in dem Prozeß nicht mehr von dem „unbestimmt summarischen“ Prozeß der prouocatio ex L. diffamari die Rede sein kann, erhellt, wenn wir bedenken, daß das remedium ex L. diffamari regelmäßig in der Form eines bedingten Mandatsprozeßes verhandelt wird. So bleibt von dem remedium ex L. diffamari für den Prozeß nichts, als die Erwähnung der eigenthümlichen poena contumaciae: der impositio perpetui silentii, die halb und halb auch in das Civilrecht überschlägt, und die Lehre von dem mit dem forum generale electiv concurrirenden forum speciale für Diffamationsprozesse bei dem Gericht des Diffamaten.

Wir glauben, daß ebenso wie die „unbestimmt summarische Prozeßart der prouocatio ex L. diffamari“ auch die übrigen sog. unbestimmt summarischen Prozeßarten nur einem summarisch-unbestimmten Nachdenken Stand halten; wir wünschen daher, daß dieselben bald einer recht ordinären — d. h. nicht juristisch-phantastischen — aber gründlichen Revision unterworfen und aus unserem Prozeßsystem entfernt werden.

376) A. C. J. Schmid a. a. O. S. 50 u. die dort Not. 9 Citirten.

III.

Ueber den burgundischen Papianus.

Von Bluhme.

In dem ersten Bande dieser Zeitschrift ist der Versuch gemacht worden, die Entwickelung und das Alter des burgundischen Volksrechts, der Gundobada oder lex Burgundionum, in seinen einzelen Theilen mit möglichster Genauigkeit festzustellen [1]. Das Hauptresultat dieser Untersuchung bestand darin, daß Einiges in der lex Burgundionum schon von Gundewig und dem älteren Chilperich, die Hauptmasse aber von Gundobald, und zwar aus allen Zeiten seiner, wenigstens fünf und vierzigjährigen Regierung, herstammt. Gundobald's Gesetze müssen weit auseinander liegen, weil er selber seiner schon vor langer Zeit erlassenen

1) Bei der Wiederaufnahme dieser Untersuchungen muß ich vor Allem das Geständnis ablegen, daß mir im vorigen Jahre die Hauptschrift meines Freundes Gaupp entgangen war, als ich S. 76. nur dessen Abhandlung über das Gesetz der Thüringer erwähnte, und seine Schrift über die germanischen Ansiedelungen und Landtheilungen (1844), worin unser Gegenstand S. 274—331 eine sehr wichtige Episode bildet, unerwähnt ließ. Die Ueberraschung, den von mir gewählten Weg der Untersuchung schon einmal in sehr ähnlicher Weise betreten zu finden, war zu meiner Freude sehr oft mit der Wahrnehmung verbunden, daß wir auch in den Resultaten übereinstimmten; aber auch Manches, worin ich Hn. Oghlou widersprechen mußte, gewinnt doch in diesen Ausführungen Gaupp's eine viel beßere Gestalt. So würde ich namentlich der Ansicht, daß wir im tit. 2—41. den Kern der ältesten Gundobada besizen, unter den von Gaupp (S. 303—310) gemachten Restrictionen mich anschliessen können, wenn nur dabei vor Allem die Hineinziehung des zweiten Regierungsjahres Gundobald's, d. h. des J. 471, ganz aufgegeben würde.

Verordnungen sehr häufig gedenkt; sie müssen öfter zusammengestellt sein, weil sie in ihrer späteren Fassung deutliche Spuren einer schon von Gundobald ausgegangenen Ueberarbeitung an sich tragen. In den Anfang seiner Alleinregierung (501 oder 502 [2]) fält insbesondere nicht nur der zwei und vierzigste Titel, sondern auch die mit der Verheißung eines eigenen Rechtsbuchs für die Römer verbundene zweite Redaction dieser Gundobada, welche unter Sigismund (517) abermals überarbeitet wurde, dergestalt daß einige aufgehobene Bestimmungen an denselben Stellen durch neu eingeschaltete Verordnungen Sigismund's ersezt wurden. So blieb die Zahl von 105 Titeln in der zweiten und dritten Redaction dieselbe; spätere Abschriften aber endeten meist schon bei dem 89. Titel, während in anderen auch noch einige Extravaganten, d. h. teils jüngere Geseze teils versprengte Bruchstücke der vorlezten Redaction, sich erhalten haben. Wie verhält sich nun der burgundische s. g. Papian zu jener Verheißung vom Jahr 501? Das ist die Hauptaufgabe der gegenwärtigen Abhandlung. Auch in Frankreich ist ihre Lösung vor Kurzem, von Hn. Ginoulhiac, unternommen, doch bis jezt noch nicht bis zum Ende durchgeführt worden [3]; da aber die damals vorbehaltene Fortsezung in dem ganzen nächstfolgenden Jahrgange derselben Zeitschrift nicht erschienen ist, so glaube ich sie jezt nicht länger abwarten zu dürfen. Vielleicht hat der Verfasser sich inzwischen ähnlicher Bedenken gegen seine anfänglichen Ansichten nicht erwehren können, wie ich sie, neben entschiedener Anerkennung mehrfacher Verdienste seiner Arbeit, in dem Folgenden werde aussprechen müßen.

Es sind aber vier besondere Fragen, in welche jene Hauptaufgabe sich spaltet.

---

2) Beide Jahre werden als Consulat des Avienus bezeichnet; da aber bei dem jüngeren Avienus, dem Consul des J. 502, im justinianischen Codex immer der Zusaz iun. gemacht wird, so dürfen wir den Avienus ohne Zusaz auch in der Gundobada für den älteren, aus dem J. 501, halten.

3) Revue historique de droit français et étranger, 1856. Novembre Décembre pag. 539—585.

1) Ist der burgundische Papian eine officielle Samlung?
2) Solte er eine exclusive Geltung haben?
3) Wann ist er entstanden?
4) Ist er später revidirt worden?

I. Ist der Papian eine officielle Samlung?

Gewiß nicht in dem Sinne, daß er ein förmlich publicirtes Gesez genant werden dürfte. Ein solches war nicht einmal verheissen, nur eine Instruction war den römischen Richtern angekündiget worden [4]; auch hätte der König ein Gesez gewiß nur im eigenen Namen ausgehen lassen, während er im Papian nie selbstredend auftrit. Ich sage nie, weil eine einzige scheinbare Ausnahme im zweiten Saze des sechsten Titels sich leicht beseitigen läst. Hier heißt es: „Quod si seruum aut colonum alienum, regionis duntaxat nostrae, sciens in domo uel in agro suo consistentem iudicibus non praesentat", was sehr bestimmt an die Eingangsworte des entsprechenden sechsten Titels der Gundobada erinnert: Si quis fugitiuum intra prouincias ad nos pertinentes corripuerit;" wie denn auch in dem bisherigen additamentum II. der Gundobada sogar viermal die Worte intra regionem nostram im Munde des Königs als Bezeichnung der Reichsgrenzen wieder kehren. Daraus folgt aber nicht, daß nicht auch ein Unterthan des Königs, wenn er sagen wolte: „in unserem Lande," sich dabei des Ausdrucks „intra regionem nostram" bedienen konte [5]; und diese Deutung erscheint hier als die einzige, die sich mit dem übrigen Inhalt des Papian vereinigen läst. Derselbe lautet so überwiegend belehrend und so selten befehlend, daß nicht einmal daran erinnert zu werden braucht, daß zweimal im

4) „qui formam et expositionem legum conscriptam, qualiter iudicent, se nouerint accepturos, ut per ignorantiam se nullus excuset."

5) Im tit. 7. a. E. heißt der Landesverrat: traditio regionis. vgl. übrigens Bd. I. S. 86. dieses Jahrbuchs.

zweiten Titel[6], und später noch einmal[7] von dem regierenden Könige in dritter Person geredet wird. Daher würde denn auch der Nachweis, daß diese Stellen des zweiten Titels nur ein späteres Einschiebsel seien (s. unten), keine andere Ansicht über den Character des Werks im Ganzen rechtfertigen können.

Eben so wenig dürfen wir aber den Papian als eine bloße Privatarbeit auffassen[8]. Damit würden sich zwar die zahlreichen Wendungen: „Sciendum est", „constat," u. s. w.[9], so wie die regelmäßigen Allegate römischer Geseze und Rechtsautoritäten sehr wohl vereinigen lassen, nicht aber andere halb befehlende Ausdrücke[10], und noch weniger die wilkürlichen Einmischungen und Anwendungen einzelner burgundischer Sazungen auf die Römer, zu denen nur eine vom König autorisirte Behörde oder Commission sich berechtiget halten durfte. Solche Anwendungen finden sich in folgenden zwölf Titeln:

Papiani tit. 2 aus einem unbekanten königlichen Geseze, und aus der lex Burgundionum tit. 10. tit. 50. §. 2.
„ tit. 4 aus lex Burg. tit. 4. §. 1. 2.
„ tit. 6 aus lex Burg. tit. 6. §. 1. tit. 39. §. 1. 3. 5.
„ „ 9 „ „ „ „ 12. §. 5.
„ „ 12 „ „ „ „ 16. §. 1. 2. 4.
„ „ 14 „ „ „ „ 19. §. 5.
„ „ 17 §. 1. 4. „ 27. §. 3. tit. 67.
„ „ 18 aus lex Burg. tit. 29 §. 1. 3. tit. 41. §. 1. 2.

---

6) „Dominus noster statuit obseruandum," und „haec ex praecepto domini regis conuenit obseruari."

7) tit. 30 § 1: „quos conueniunt [apparritores] ad praeceptionem domini rerum." Ueber das Prädicat dominus rerum, welches die Römer den germanischen Fürsten beizulegen pflegten, s. Ginoulhiac pag. 529. 545. Unten note 30.

8) Gegen diese zuerst von Biener vertretene Auffassung hat schon Savigny sich in der Geschichte des röm. Rechts Bd. II S. 21 erklärt.

9) s. z. B. tit. 22. § 3. tit. 26. § 3. tit. 35 fi.

10) z. B. tit. 26. § 3: liceat, und der ganze die Rechtspflege unmittelbar betreffende tit. 33.

Papiani tit. 19. med. aus lex Burg. tit. 30. §. 2. tit. 35. §. 1.
„ „ „ 24 „ „ „ tit. 47.
„ „ „ 34 „ „ „ 83. §. 1. 2.
„ „ „ 36 §. 2. „ „ „ 85. §. 1[11].

Wir haben an dieser amtlichen Urheberschaft um so weniger zu zweifeln, als sogar der Name des Beamten uns ausdrüklich aufbewahrt ist. Es war ein Graf Aimoin; denn in der Berliner, ehemals Pithou'schen Handschrift heißt es am Schluße des Textes: Aymohenus inlustrissimus comes fieri iussit[12].

Daß dieses fieri mehr bedeutet, als eine bloße Abschrift anfertigen, wird Niemand bestreiten, zumal es nicht am Schlusse der ganzen Handschrift steht, sondern schon am Schlusse des zehnten Blattes derselben, auf welchem der Papianus endigt. Und daß es für uns die einzige Handschrift ist, in welcher der Urheber genant wird, kan auch nicht befremden, da uns der Schluß des Werkes überhaupt nur noch in zwei anderen Handschriften erhalten ist: in der Ottobonischen zu Rom mit Explicit lex romana[13], in der Pariser 4412. mit den unverständlichen Worten: explicit feliciter explicit legis liber Tehud (d. h. theodosianus?) et nouellarum feliciter[14]

11) Außer diesen Stellen ist auch im tit. 25. die gänzliche Straflosigkeit des Ehemanns, der seine im Ehebruch ertappte Frau zugleich mit dem Ehebrecher tödtet, in der That aus der lex Burg. tit. 68. entlehnt. Da aber hier als Quelle eine Novelle des Kaiser Majorianus angeführt wird, so darf jedenfals die Absicht das römische Recht zu ändern, hier dem Verf. nicht zugeschrieben werden. Eben so wenig kan in der, noch unten zuerwähnenden Wiederholung der burgundischen Titelrubriken eine absichtliche Aenderung des römischen Rechts in seinem Inhalte gefunden werden.

12) Klenze institutio Gregoriani. 1838. (Zeitschrift f. geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. IX.) S. 5.

13) Barkow lex romana burgundionum. 1826 praef. pag. XIII—XX und S. 171 der Noten.

14) Nach Barkow pag. XXIII—XXV. S. 171. Doch fehlen die Worte Tehud et in Hänels Beschreibung, lex romana Visig. pag. LXII—LXIII.

II. Solte der Papian ein exclusives Gesezbuch sein?

Gewiß schon darum nicht, weil er als bloße Instruction gefaßt, und im Wesentlichen auf diejenigen Verhältnisse beschränkt blieb, die auch im burgundischen Volksrecht geregelt waren. An ein Verbot für die römischen Richter, sich nötigenfals aus vollständigeren Quellen Raths zu erholen und sich nach anderen Bestimmungen derselben zu richten, war sicher nie gedacht worden.

Herrn Ginoulhiac gebührt das Verdienst, eine allerdings sehr vereinzelt stehende abweichende Meinung zugleich in ihrer Wurzel und in ihren Consequenzen vernichtet zu haben. Als nemlich das neu aufgefundene Edict Sigismunds über die Findelkinder (Bd. I. S. 83. dieser Zeitschrift) zuerst im Journal des savants (1839 p. 392) erschien, glaubte man darin einen Beweis zu finden, daß der Papian jünger sein müße als dieses Edict, weil nach der Anfertigung des Ersteren eine einfache Verweisung auf römisches Recht, welches im Papian nicht stehe, unzuläßig gewesen wäre. Dagegen bemerkt Ginoulhiac (pag. 583. 84.) mit vollem Rechte, daß es vielmehr umgekehrt unerklärbar sein würde, wenn eine schon vorhandene königliche Verordnung, in welcher ausdrüklich auf römisches Recht verwiesen ward, in dem jedenfals doch nur wenig jüngeren Papian ignorirt worden wäre.

III. Wann ist der Papian entstanden?

So lange die Verheißung des Rechtsbuches für die Römer, in der s. g. zweiten Vorrede der Gundobada, mit Savigny dem König Sigismund zugeschrieben, und in das J. 517. gesezt wurde, konte die besonders von Hänel[15] vertretene Annahme eines höheren Alters des Papian sich nur auf die Voraussezung gründen: das Werk habe schon als Privatarbeit existirt und die kö-

— Eine classificirte Uebersicht aller Hdss. giebt Merkel in Savigny's Geschichte des röm. Rechts Bd. VIII. S. 30—35.

15) Lex romana Visigoth. 1848. praef. pag. XCII—XCVI.

nigliche Verheißung sei nur dahin gegangen, von diesem vorhandenen Buche (forma conscripta) die nötige Anzahl von Abschriften anfertigen zu lassen. Wenn Hr. Ginoulhiac (pag. 557. 559. 569.) diese Auffassung nicht gelten lassen will, so hat er auf die Zustimmung Aller zu rechnen, die sich schon mit Savigny (Note 8.) von dem amtlichen Character des Papian überzeugt hatten. Dagegen gelangen wir ohne Weiteres zu der Möglichkeit eines früheren Datums als das J. 517., weil wir jene Vorrede schon in das J. 501. oder 502. sezen müssen.

Indessen konten doch in jener wirrenreichen, und zugleich geistesarmen Zeit wohl einige Jahre verstreichen, ehe die Verheißung des Jahres 501. erfüllt wurde. Uebereilte man sich nicht, so hatte man den Vorteil, die gleichartige Arbeit für die Römer des westgotischen Reichs, welche im J. 506. vollendet wurde, mit benuzen zu können; und mag dieses wirklich geschehen sein oder nicht[16], wir werden immer die Entstehung der lex romana Burgundionum mit gleicher Wahrscheinlichkeit in die Zeit von 502 bis 508 sezen dürfen.

Aus demselben Grunde kan es denn auch nicht befremden, daß wir in dem wahrscheinlich vollständigen Grafenverzeichnis des J. 501 [17] den Namen Aymohenus noch nicht finden; einige Jahre später konte es auch an neuen Trägern dieser Würde nicht ganz fehlen. Wäre dagegen der Papian erst unter Siegmund, nach 516, erschienen, so würde zu Gundobald's Verheißung des römischen Rechtsbuches wohl noch irgend eine nachträgliche Notiz hinzugekommen sein. Auch hier treffe ich im Resultat mit Hn. Ginoul-

16) Bisher sind die von Barkow (praefatio pag. XLIV—XLVII) und Savigny (Gesch. des röm. R. Bd. II. S. 31—33) für die Bejahung dieser Frage aufgestellten Gründe durch Hänel a. a. O. zwar sehr geschwächt, aber doch nicht vollständig beseitiget worden; Herrn Ginoulhiac's weitere Untersuchungen stehen noch zu erwarten. Nimt man aber die Uebereinstimmung der westgotischen Interpretatio mit einigen Stellen des ostgotischen edictum Theodorici hinzu, so liegt freilich die Hypothese, daß es für diese Interpretatio schon früher angefertigte Vorarbeiten gegeben habe, die von den Römern aller drei Reiche benuzt werden konten, wohl ziemlich nahe.

17) s. Bd. I. S. 73. dieser Zeitschrift.

hiac (pag. 555 ff.) sehr nahe zusammen; unsere Dissense aber beziehen sich besonders auf die folgende, vierte Frage.

IV. Giebt es verschiedene Redactionen des Papian?

Nach Hn. Ginoulhiac wäre der Papian dreimal nachträglich überarbeitet worden: den ursprünglichen Text hätten wir in dem 1823. von Mai herausgegebenen vaticanischen Palimpsesten aus Bobbio, die erste Revision in der seit Amaduzzi bekanten Ottobonischen Handschrift des Vaticans, die zweite in der Pariser, der Berliner und der christino-vaticanischen Handschrift; die dritte Ueberarbeitung („remaniement") soll in der von Sichard benuzten Murbacher Handschrift enthalten gewesen sein [18]. Allen drei Ueberartungen soll aber der erste Verfasser des Papian fremd geblieben sein, denn dies wird (pag. 578.) sogar schon von der ersten Revision bestimmt behauptet.

Mit der vierfachen Classification der Handschriften, welche wir Merkel (Note 14) verdanken, trift diese Darstellung nur in so weit zusammen, als Merkel's zweite Classe (B) zugleich die zweite Ueberarbeitung, also den dritten Text nach Ginoulhiac, enthalten soll. Dagegen wird Merkel's erste Classe (A) in einen ursprünglichen Text und eine erste Revision gespalten, während von den zwölf Handschriften, welche Merkel unter C und D nur deshalb mit aufführt, weil sie einzelne Stellen aus Papian mit anderen Rechtswerken vermengt haben, von Hn. Ginoulhiac nur Eine, die von Sichard benuzte Murbacher Handschrift, als dritte Ueberarbeitung bezeichnet wird.

Ueber diesen lezten Punkt haben wir uns kurz zu fassen, denn es handelt sich im Wesentlichen doch nur um die drei Worte: theodoricus rex francorum, welche in jener Handschrift nach den zum zweiten Titel des Papian gehörigen Worten dominus noster hinzugefügt sind [19]. Sollen nun diese Worte darum, weil

18) Ginoulhiac pag. 540—544. 569—585.

19) Codicis theodosiani libri XVI. Basil. 1528 (ed. Io. Sichardus) fol. 96r.

sie das Gepräge der Absichtlichkeit an sich tragen, als Umarbeitung gelten, so läst sich darüber nicht weiter steriten; aber auf historische Wahrheit haben sie keinen Anspruch, und für die Geschichte der burgundischen Römer sind sie schon darum ohne Bedeutung, weil sie nur einem kurzen, mit Auszügen aus der westgotischen lex romana vermengten Excerpte aus Papian einverleibt sind. Die sonstigen Abweichungen des Sichard'schen Excerptes aber machen nur den Eindruk einer grenzenlosen Verwirrung, so daß sie uns nicht berechtigen, von einem unter Theoderich II. vor 612 vorgenommenen „remaniement partiel ou total du Papien" (Ginoulhiac pag. 542—544. 46. 47. 585.) zu reden. An den älteren austrasischen Theodorich, Sigismund's Schwiegersohn, ist freilich noch weniger zu denken.

Eben so wenig sind die als zweite Revision bezeichneten Eigentümlichkeiten der Merkel'schen Handschriftenclasse B hier umständlich zu prüfen, da auch Hr. Ginoulhiac doch nur die Existenz von Varianten als Thatsache geltend macht [20], in welchen Merkel [21] bloße „Abarten einer älteren, im Texte schon zum Schlimmeren veränderten Handschrift erkennt, welche uns nicht erhalten ist, aber wahrscheinlich das Werk dem Breviar angehängt hatte."

So bleibt denn nur die mit großer Ausführlichkeit erörterte vermeinte erste Revision als Gegenstand einer genaueren Prüfung übrig. Für Herrn Ginoulhiac war gewissermaßen schon a priori die Notwendigkeit dieser Revision erwiesen, weil er von der festen Voraussezung ausging, daß die Gundobada zwar schon vor 501 aus 40 Titeln (tit. 2—41. der späteren Samlung) bestanden, dann aber vor dem zweiten Regierungsjahre Sigismunds (517) keine neue Ueberarbeitung erfahren habe, so daß sie also auch nur bis zum 41. Titel das Vorbild des Papian in seiner ältesten Gestalt habe

---

20) pag. 585: „Une deuxième révision nous est attestée encore par les textes de la troisième classe, mais il est difficile d'en fixer la date." vgl. S. 541. 542. 544.

21) bei Savigny Gesch. d. RR. VII, S. 30. 31.

sein können [22]. Da nun aber die teilweise Uebereinstimmung zwischen den Rubriken, und öfters auch zwischen dem Texte des Papian und der Gundobada sich bis auf den 85. Titel der lezteren erstreckt [23], so blieb, unter jener Voraussezung, nichts übrig, als entweder den Papian für das alleinige Vorbild der spätern gleichlautenden Titel der Gundobada zu halten, oder an eine spätere Umarbeitung desselben in Gemäßheit der neueren Stücke der Gundobada zu glauben. Herr Ginoulhiac hat sich für Beides entschieden (pag. 571 Note 2); aber so wenig auch an den gegenseitigen Mischungen des römischen und burgundischen Rechts an sich zu zweifeln ist, eben so wenig hängt doch damit die Notwendigkeit einer späteren Revision des Papian untrennbar zusammen. Auch die geringe Wahrscheinlichkeit einer solchen Revision läst sich im Allgemeinen wohl nicht verkennen, da sie in eine sehr kurze Periode fallen würde, der es zu solchen Revisionen an Muße und Kräften durchaus gebrach. Daß der Papian auch bei den Burgundern sehr bald durch das westgotische Breviarium verdrängt worden ist, das beweiset die constante Verbindung des lezteren mit den Handschriften der Gundobada.

Die specielleren Gründe, welche Hr. Ginoulhiac für diese erste Revision geltend macht, beruhen I) auf der Beschaffenheit des Bobienser Palimpsesten, und II) auf dem Inhalt des zweiten Titels des Papian. Wir müßen sie genauer erwägen.

I. In dem Bobienser Palimpsesten fehlen, so weit er durch Mai's Ausgabe bekant geworden ist,

---

22) Ginoulhiac pag. 562 ff. 573 ff. — Die künstlichen Aushülfen, durch welche der erste Titel der Gundobada, und mit ihm zugleich der entsprechende erste Titel des Papian, zu Gunsten dieser Voraussezung beseitiget werden musten, sind jedenfals nicht geeignet, die Glaubwürdigkeit dieser leztern zu steigern. Daß eine planlose Reihefolge der Titel, wenn sie in der germanischen Samlung von Anfang an bestand, auch in dem römischen Rechtsbuche befolgt wurde, hat wenig Auffallendes; daß man sie später in die leztere hineincorrigirt hätte, während man doch manche andere Abweichungen der Titelfolge bestehen lies, kan ich nicht glauben.

23) vgl. Barkow praef. pag. XXXIX—XLI. Savigny Gesch. des RR. Bd. II. S. 13—20.

a) die Titelrubriken und Titelzahlen, welche sich in der Ottobonischen und allen jüngeren Handschriften finden; und Hr. Ginoulhiac trägt um so weniger Bedenken, diese lezteren erst für eine Ausstattung des revidirten Papian zu halten, als er überzeugt ist, es fehle in dem Palimpsesten meist auch der leere Raum für dieselben (pag. 570—71.).

In diesem lezten Puncte muß ich entschieden widersprechen; denn von den acht Titeln, deren Anfänge uns im Bobienser Palimpsesten erhalten sind, beginnen wenigstens drei erst nach einer ganz leeren Zeile [24], und bei den übrigen [25] enthält die leztvorgehende Zeile nur so wenige Textesbuchstaben, daß zur Aufnahme der Rubriken überall Raum genug gelassen war; zumal wenn wir erwägen, daß wenigstens die Zahl des Titels in den meisten alten Handschriften mehr am Rande, in einer Verlängerung der Zeile zu stehen pflegt.

Daß aber in diesen leeren Stellen keine lesbaren Spuren von rother Schrift mehr gefunden sind, das kan bei einem Palimpsesten unmöglich befremden. Fast überall sind die farbigen Ueberschriften, da sie nicht mit äzenden Substanzen geschrieben waren, beim Abwaschen oder Abschaben der zu Palimpsesten bestimmten Pergamentblätter ganz verschwunden; und was etwa davon geblieben ist, das kan durch Reagentien nicht wieder lesbar gemacht werden.

b) Sodann fehlen nach Mai's Ausgabe, gegen den Schluß des dreißigsten Titels mehre Worte, welche Hr Ginoulhiac (pag. 543.) in den Saz: „quia per uncias diuisa possessio in singulorum portionibus assem facit" zusammen gefaßt hat. Allein das Wort facit fehlt in der That keinesweges; es ist nur von Mai als facti gelesen, wie es in der Ottobonischen Hds. wirklich steht; mithin fehlt nur ein unentbehrlicher Theil des teilweis vorhandenen

24) tit. 29. 33. 35, vielleicht aber auch tit. 31.

25) tit. 30. 32. 34. 36, und jedenfals auch tit. 31, sofern vor diesem nicht die lezte Zeile der vorhergehenden Seite sogar ganz leer gelassen wäre. Denn Mai's Abdruk enthält hier nur 27 Zeilen, während doch jede Seite des Palimpsesten aus 28 Zeilen besteht; wahrscheinlich ist aber, wie wir gleich sehen werden, schon die 24. Zeile von Mai ausgelassen werden (Note 26).

Sazes, oder vielmehr: er scheint zu fehlen. Denn ich bin fest überzeugt, daß nur in dem Mai'schen Abdruk eine Zeile ausgelassen ist. Derselbe enthält, ohne Angabe einer leeren Zeile am Schlusse, auf dieser Seite nur 27, statt 28 Zeilen, und die scheinbar fehlenden Worte entsprechen genau der Länge einer Zeile der Handschrift [26].

c) Endlich beruft Hr. Ginoulhiac sich auf den Schluß des 35. Titels, der von den Worten „Sciendum etiam est" an, in dem Palimpsesten gänzlich fehlt. Diese Thatsache ist unbestreitbar; aber das Fehlende enthält rein römisches Recht, also nichts, was etwa wegen späterer Erweiterungen des burgundischen Volksrechts nachzutragen gewesen wäre; und wenn man die zahlreichen Nachlässigkeiten jenes rescribirten Codex erwägt, so dürfte sich auch für die Annahme einer bloßen Auslassung des Schreibers an dieser Stelle mindestens eben so viel sagen lassen, als für die einer späteren Nachschaltung in dem amtlichen Texte.

II) Das wichtigste Argument des Hn. Ginoulhiac beruhet auf dem zweiten Titel des Papian, und dessen Vergleichung mit dem vierten Titel (pag. 575—579.). In beiden Titeln ist die Entscheidung über die Strafe des in die Kirche geflüchteten Verbrechers, eben so wie über den Todtschläger, der nur zufällig getödtet zu haben behauptet, dem Könige vorbehalten, was mit den dreimal wiederkehrenden Worten: „principis est exspectanda sententia" ausgedrükt wird [27]. Daß diese, zunächst an den römischen Kaiser erinnernden Worte auch römischen Ursprunges seien, ist wenigstens

---

26) Aus diesem Grunde habe ich so eben der Behauptung entsagt, daß auch vor Tit. 31 eine ganze Zeile für die Rubrik leer gelassen sei. Auch auf der S. 107. des Mai'schen Abdruks ist oben eine Verwirrung in der Zählung der Zeilen eingetreten. Aus eigener Ansicht der Handschrift kan ich leider nichts bezeugen, weil mir diese Blätter von Mai nicht anvertrauet worden sind, obwohl er mich gleichzeitig zur Revision der „Vaticana fragmenta" aus Bobbio zugelassen hat. f. Mai's Vorrede pag. XVIIII.

27) In der neu aufgefundenen Novelle Sigismunds wird für den Fall eines Streits zwischen Römern und Burgundern über ein reclamirtes Findelkind die Entscheidung dem Könige mit den Worten vorbehalten: „qualiter a nobis statutum fuerit, finiatur." Bd. I. S. 83. dieser Zeitschrift.

wahrscheinlich, obwohl sie in derjenigen Stelle, auf welche im Papian bei dem Todtschläger verwiesen wird [28], nicht vorkommen. Wenn aber im zweiten Titel an diese Worte sofort die Ausführung sich anschließt, wie der Burgunderkönig die Sache bereits geregelt habe [29], so erscheint dadurch allerdings jede Veranlassung zu künftigen Anfragen bei dem princeps beseitigt; und man muß Hn. Ginoulhiac einräumen, daß der darin liegende Widerspruch am vollständigsten gelöset wird, wenn man diese Anführung bereits ergangener königlicher Verordnungen für ein späteres Einschiebsel hält, zumal es die einzige Stelle ist, in welcher die Römer sich erweislich bequemt haben, den Burgunderfürsten als rex zu bezeichnen [30]. Nur die Unmöglichkeit einer gleichzeitigen Entstehung des ganzen zweiten Titels wird sich nicht aus diesem Grunde behaupten lassen; und als Beweis für eine vollständige Revision des ganzen Papian nach dem

---

28) Nouellae Valentiniani III. tit. 19. (Hänel cod. theod. p. 186—88), in der lex romana tit. 3. (ed. Hänel p. 276.)

29) „De ingenuo uero homicida intra ecclesiam posito, de interempti pretio principis est expectanda sententia. Et quia de pretiis occisorum nihil euidenter lex romana constituit, dominus noster statuit obseruandum, ut si ingenuus ab ingenuo fuerit interemptus, et homicida ad ecclesiam confugerit ... Si uero seruus cuiuscunque occisus fuerit ab ingenuo, et ipse homicida ad ecclesiam conuolauerit . . . Hoc ex praecepto domini regis conuenit obseruari.“ Die Bestimmungen für den Fall eines getödteten Sclaven sind zusammengesezt aus tit. 10. und tit. 50. § 2. der Gundobada, die für den Fall eines getödteten Freien dagegen sind in der Gundobada nicht enthalten, und beruhen augenscheinlich auf einem speciellen Präjudicat, wie deren auch in der Gundobada Manche enthalten sind. vgl. tit. 49. §. 3. tit. 52. tit. 54. §. 1. tit. 55. §. 1.

30) Im tit. 30. §. 1. hat der vaticanische Palimpsest nicht ad praeceptionem domini regis, sondern domini rerum; und in der Ueberschrift des ersten Titels ist aus den Worten der Gundobada tit. 1. et muneribus regiis gemacht worden: uel munificentia dominorum. Sidonius Apollinaris hatte sogar nur von einer praesens potestas gesprochen (Bd. I. S. 58. dieses Jahrbuchs); und daß die Burgunder selber einiges Bedenken hegten, den Namen rex als Amtstitel zur Schau zu tragen, beweiset der Ausdruk dominantium leges im Tit. I. §. 1. der Gundobada, so wie die zweimalige Datirung der Geseze mit den Worten: „anno secundo domni.“ s. die s. g. zweite Vorrede, und tit. 62. nach handschriftlichen Texten.

J. 517 würde jedenfals diese isolirte Stelle um so weniger gelten können, als Alles, was aus der gleichzeitigen Benuzung des funfzigsten Titels der Gundobada gefolgert worden ist, sich schon durch das höhere Alter auch dieses Titels erledigt. Hinge die nähere Ausführung im zweiten Titel mit einer vollständigen Revision des Papian zusammen, so würde man gewiß nicht versäumt haben, im vierten Titel den Tit. 70. §. 2. der Gundobada nachträglich zu berüksichtigen.

Unerwähnt aber dürfen wir nicht lassen, daß Hr. Ginoulhiac auch für die Kritik der Gundobada einen sehr dankenswerthen Beitrag geliefert hat, indem er (pag. 552—54.) überzeugend beweiset, daß im Tit. 34. die Widersprüche zwischen dem §. 2 und 4 nur aus einer spätern Interpolation des Titels erklärbar sind. Eben so muß ihm darin durchaus beigestimmt werden, daß wir in den Worten: „dum aduiuit usufructu possideat" des Tit. 24 der Gundobada nicht mit Savigny eine Nachbildung der westgotischen interpretatio erkennen dürfen, da die ähnlichen Worte dieser lezteren sich auf ein ganz anderes Verhältnis beziehen, als das im tit. 24. erwähnte.[31] Endlich kan man dem Hr. Verfasser, soweit er mit Gaupp (Noté 1) übereinstimmt, sehr wohl zugeben, daß die Titel 2 bis 41 der Gundobada schon im fünften Jahrhunderte eine compacte Masse der ältesten Gundobada gebildet haben, ohne darum der Behauptung zu entsagen, daß Gundobald nach dem Eintritte seiner Alleinherrschaft noch einmal eine Zusammenstellung der burgundischen Gesezgebung unternommen habe. Von den westgotischen Königen ist es ziemlich ausgemacht, daß sie sogar noch im siebenten Jahrhundert bei jedem Regierungsantrit eine neue Publication des einheimischen Gesezbuches vollzogen;[32] den früheren burgundischen Königen, die sich noch mehr den römischen Provinzialstatthaltern vergleichen musten, lag auch die römische Sitte des periodischen Edicirens noch viel näher, und für Gundobald muste der Ein-

---

31) Ginoulhiac pag. 554, nach Gaupp Ansiedelungen S. 305.

32) Merkel in Savigny's Gesch. des röm. R. Bd. VII. S. 45. 46., nach Bethmann.

trit seiner Alleinherrschaft eine so wesentlich neue Machtentfaltung mit sich bringen, daß er eine durchgreifende Revision seiner älteren Edicte kaum umgehen konte. Solte es mir gelingen, Hn. Ginoulhiac von der Wahrscheinlichkeit dieser Revision der Gundobada um das J. 501 zu überzeugen, so würde er sich vielleicht entschließen, die präsumirte dreifache Ueberarbeitung des Papian auf höchstens Eine zu reduciren.

IV.

Ueber die Verpfändung ländlicher Servituten.

von Dr. F. L. v. Keller.

Zufolge L. 12. De pignoribus soll man seinem Gläubiger auch durch Gewährung einer ländlichen Servitut Sicherheit bestellen können, und zwar, sagt man, in der Art, daß er die Servitut erst selbst ausüben und sodann zu Fallszeiten an einen andern benachbarten Grundeigenthümer verkaufen möge.

Dabei mußte freilich unter anderm die Unveräußerlichkeit der Servituten Bedenken erregen. Einige lassen dieselbe in der vorliegenden Anwendung geradezu cessiren.[1] Andere suchen das Princip dadurch zu retten, das sie dem Geschäfte einen Gang anweisen, bei welchem nicht die ipsissima seruitus als solche veräußert wird. Auch über diesen Gang verzweigen sich die Meinungen wieder. Nach der einen gewährt der Schuldner bei der Verpfändung und der Pfandgläubiger bei dem Verkaufe nur eine quasi possessio seruitutis,[2] nach der andern erhält wohl der Pfandgläubiger von dem Verpfänder nur eine solche quasi possessio (oder gar nur einen Anspruch darauf, wenn hypotheca, nicht pignus, beabsichtigt wird),

1) Glück Pand. XIX, S. 209. Hepp im Arch. f. civ. Pr. XIII, S. 349. Gesterding Pfandrecht 2. Aufl. S. 67 ff. Puchta Pand. §. 178. und Vorles. zu §. 195. Vgl. auch Cuiac. Obss. XV, 6. u. A.

2) Rudorff in Richters Jahrb. VIII, S. 324., welcher in dieser Weise, gleich Cuiacius a. a. O., nicht allein dem Eigenthümer des Grundstücks, sondern auch sogar dem Inhaber einer ländlichen Servitut über dasselbe, deren Verpfändung mit quasi possessio und Verkaufsrecht des Gläubigers zugibt.

wogegen dann der Pfandgläubiger bei dem Verkaufe dem kaufenden Nachbar, in Kraft der in seinem Pfandrecht liegenden Vollmacht des Verpfänders, eine ordentliche Servitut in bester Form Rechtens neu bestellen mag. So, sagen die Vertheidiger dieser Meinung, fällt jede Anomalie hinweg.[3]

Das möchte sich allenfalls hören lassen, wenn die Unveräußerlichkeit der Prädial-Servituten etwas bloß begrifflich technisches, äußerliches, — etwa durch die Form der mancipatio oder in iure cessio veranlaßtes, wäre, und nicht vielmehr zur innersten materiellen Natur derselben gehörte. Das Wege- oder Wasserrecht, denke man es als iusta seruitus oder als bloße quasi possessio, welches der Schuldner auf seinem Grundstücke dem Gläubiger für das seinige gewährt, ist aber doch nach Subject, Gehalt und Wesen, ja mehr oder weniger auch nach dem körperlichen Substrat (Gestalt und Richtung des Weges u. dgl.), ein ganz anderes als die Servitut, welche in der Folge der Gläubiger dem dritten Nachbar für dessen Grundstück verkauft und als Stellvertreter des Schuldners bestellt;[4] und es hat in der That etwas widersinniges zu sagen, der Gläubiger verkaufe die ihm verpfändete Servitut an einen Nachbar, wenn er, anstatt, wie bisher, selbst von seinem Grundstück aus und für dasselbe über das Grundstück des Schuldners zu fahren, jetzt einem dritten Nachbar für, zu und von *dessen* Grundstück einen Weg über das Grundstück des Schuldners als dessen selbstberechtigter Stellvertreter servitutweise gewährt. Die Formel aber, in welche man die fragliche Geschäftsfigur gefaßt hat, nämlich, *es werde zuerst* (bei der Verpfändung) *bloß factisch die künftige Servitut von dem Eigenthum ausgeschieden*,

3) **Büchel** civilrechtl. Erört. I. S. 365 ff. *Sintenis* Pfand R., S. 121. und Pand. §. 70. v. d. *Pfordten* im Arch. f. civ. Pr. XXII, S. 25 ff. (wo noch des genauern ausgeführt wird, daß ein praedium dominans bei dem Gläubiger nur dann nöthig sei, wenn er die Servitut in quasi possessio, nicht bloß zur hypotheca, bekomme). *Lang* das. XXIX, S. 343. v. *Vangerow* Pand. §. 367.

4) Aehnliches hat schon *Zachariä* v. *Lingenthal*, Untersch. zw. S. P. R. u. V., S. 42. 53. ausgeführt, aber ohne es selbst zur vollen Geltung zu bringen.

der Pfandgläubiger erhalte jetzt die quasi possessio der künftigen Servitut, und außerdem nur das Recht, im Falle der Nichtbefriedigung den intellectuellen Theil des Eigenthums, der ihm verpfändet ist, zu veräußern, d. h. eben die Servitut zu constituiren, — scheint die ganze Sache nicht verständlicher zu machen.

Uebrigens wird es einige Mühe kosten, eine Oertlichkeit auf's Papier zu bringen, bei welcher solche Operation auch nur physisch anginge, geschweige denn irgend welchen Interessenten conveniren könnte;[5] wie gewiß auch blutwenige Fälle aus Verkehr oder Praxis nachzuweisen sein dürften, in welchen das vorliegende Gesetz in obigem Sinne bei den Römern oder seither angewandt oder angerufen worden wäre. Und doch beruft sich Paullus in d. L. 12. ausdrücklich auf ein wirkliches Bedürfniß des Verkehres. Sollten ihm dabei nicht ganz andere Geschäftsfiguren vorgeschwebt haben?

Die Stelle lautet so:

Paullus lib. 68. ad Edictum. — Sed an uiae, itineris, actus, aquaeductus pignoris conuentio locum habeat, uidendum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, *quamdiu pecunia soluta non sit, iis seruitutibus creditor utatur*, scilicet si uicinum fundum habeat; et, *si intra diem certum pecunia soluta non sit*, uendere eas uicino liceat: quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.

Damit scheinen mir zwei Geschäfte dem Verkehr offen gestellt zu werden:

I. Der Schuldner kann auf seinem Grundstücke dem Gläubiger, wenn dieser benachbartes Grundeigenthum hat, zu dessen Gunsten die Ausübung einer ländlichen Servitut von Stunde an und auf so lange, bis die Schuld bezahlt sein wird, gestatten.

5) Cuiacius a. a. O. sucht dieser Schwierigkeit so zu begegnen: Ius praedii rustici alii uicino distrahi potest, idque forsan magno alius uicinus redempturus sit, cum possit uno itinere pluribus patere aditus in suos fundos, maxime cum in fundorum finibus sint gradus quidam liberi pedum aliquot. Das wird wohl nicht viel verschlagen.

Von einer andern, wohl unzweifelhaften, Möglichkeit, nämlich die Servitut in bester Form Rechtens, durch mancipatio oder in iure cessio, zu bestellen, und sich deren Wiederaufhebung auf den Zeitpunkt der eingetretenen Zahlung hin durch pactum fiduciae zusichern zu lassen (vgl. auch L. 56. §. 4. De V. O.), spricht die Stelle nicht, und wenn Pomponius, was ganz dahin gestellt bleibt, davon gesprochen hätte, so würden die Compilatoren es gestrichen haben.

II. Der Schuldner kann eine ländliche Servitut über sein Grundstück dem Gläubiger, wenn dieser benachbartes Grundeigenthum hat (diese Voraussetzung wiederholt Pomponius hier nicht so in voller Breite, sondern kürzt sie, unter stillschweigender Hinweisung auf deren erste, volle Erwähnung, in das bloße uicino, scil. creditori, ab), jetzt schon verkaufen (um festen Preis oder um die Schuld oder nummo uno, wie denn die Stelle in diesem Falle so wenig als in dem vorigen mit der Abrechnung sich befaßt) — auf den Fall, daß die Schuld zu rechter Zeit nicht bezahlt würde.

Solche bedingte Verkäufe bei Anlaß und selbst zum Behufe zu gewährender Sicherheit kommen auch sonst zuweilen vor, z. B. in L. fi. pr. De C. E. . . . quod si id non fecerit (d. h. fideiussorem liberauerit reus) die suprascripta, et soluerit debitum fideiussor creditori, *iussit praedia empta esse* (fideiussori), quae creditoribus obligauerat, u. s. w. Vgl. L. 16. §. 9. De pign.; und würden wohl noch weit öfter vorkommen, wenn sie nicht leicht etwas commissorisches annähmen, weßwegen denn zufolge L. 3. C. De pac. pi. manche Erwähnung solcher Fälle bei den classischen Juristen zur Aufnahme in die Pandekten weniger geeignet scheinen mochte.

Und daß Prädial-Servituten überhaupt verkauft und gekauft werden können, unterliegt natürlich gar keinem Bedenken, L. pen. §. 1. De C. E., L. 3. §. 2. L. 6. §. 5. De A. E. V.

Demnach ließe sich der Sinn der Stelle sehr einfach so ausdrücken:

Man kann seinem Nachbar für dessen Forderung mittelst einer ländlichen Servitut Sicherheit bestellen, indem man ihm entweder

a) Die quasi possessio derselben unter der Resolutiv-Bedingung der Zahlung, oder

b) einen Kaufsanspruch auf dieselbe unter der Suspensiv-Bedingung der Nichtzahlung gewährt.

Von einem Verkaufe der Servitut durch den Pfandgläubiger an einen Dritten ist gar keine Rede.

Bei dieser Auffassung enthalten also die beiden Sätze

ut talis pactio fiat, *quamdiu pecunia soluta non sit, iis seruitutibus creditor utatur*, scil. si uic. fun. ha., — und

et *si intra diem certum pecunia soluta non sit*, uendere eas uicino liceat, —

zwei coordinirte, alternative Geschäftsfiguren zwischen Gläubiger und Schuldner, und die Worte si intra diem certum pecunia soluta non sit sind Inhalt des Kaufvertrages, dessen Bedingung sie ausmachen, ähnlich wie in d. L. fi. pr., während nach der gewöhnlichen Auslegung alles sich dem ut talis pactio fiat unterordnet, jene Worte aber entweder als Inhalt der pactio oder als enunciatiua des Juristen erscheinen.

Uebrigens hätte es wohl im Sinne von Pomponius und Paullus auch kein Bedenken die beiden Vertragsfiguren im einzelnen Falle zu cumuliren.

Man muß allerdings bei der jetzt vorgeschlagenen Auslegung zugeben, daß es mit den Verbindungs-Partikeln, in welchen sich auch kleine Abweichungen der Leseart zeigen,[6] etwas holperig bestellt ist, allein es wird daraus gegen jene nichts abzuleiten sein, weil es sich bei der hergebrachten Auslegung damit auch nicht viel besser verhält, und weil jene sowohl wie diese ohne Abweichung von handschriftlicher Leseart bestehen kann, so daß es dahin gestellt bleiben mag, ob die Stelle, seit sie aus der Feder von Paullus geflossen, durch die Hand der Compilatoren oder der Abschreiber einige kleine Veränderung zum Nachtheile guter Satzverbindung erlitten habe.

---

6) Die Flor. hat **ut** vor quamdiu pecunia, die Vulg. nicht. Verdeutlichend wäre **ut** aber vielmehr weiter unten, so: et **ut** si intra diem u. s. w.

Gewiß ist nämlich auch, daß die hergebrachte Erklärung, so falsch sie auch zu sein scheint, doch uralt ist und sich schon in den Basiliken darstellt, wo die Stelle (XXV, 2, 12.) so lautet:

Δυνατὸν δὲ συμφωνεῖν, ἔχειν με κατὰ τοῦ ἀγρογείτονος ὁδὸν στενὴν καὶ πλατεῖαν καὶ ὑδραγώγιον, ἕως οὗ τὸ χρέος καταβληθῇ μοι; καὶ ἐὰν μὴ καταβληθῇ ἐμπροθέσμως, ἐξεῖναί μοι ταῦτα πιπράσκειν.

Wie die Verfasser der Pandekten die Stelle verstanden, ist schwer zu sagen; Justinian aber, der Kaiser und Gesetzgeber, hat sie jedenfalls richtig verstanden, und es ist kein Gruud abzusehen, weßwegen er anstatt des natürlichen und praktisch gesunden Sinnes, in welchem Paullus sie geschrieben hatte, eine ganz andere, anomale und unbrauchbare Vorschrift darein hätte legen wollen.

Das vielbesprochene Verhältniß übrigens zwischen d. L. 12. und dem vorhergehenden §. 5. L^s. 11. berührt uns hier nicht näher, doch mag unter den verschiedenen Möglichkeiten auch die beachtet werden, daß Marcian hier einfach gesagt hätte iura praediorum pignori dari non possunt etc., daß dahinter die Compilatoren mit Unterbrechung der Auszüge aus Marcian das Fragment aus Paullus als L. 12. eingeschoben, und demselben zu Ehren dann in d. §. 3. das Wort urbanorum eingeschaltet hätten.

V.

Eine Antwort auf eine Frage.

Von Demselben.

Bei Auslegung der bekannten L. 5. §. 10. De inst. act. fragt Thöl, Handels-R. §. 33. Not. 4.:

„Woher aus dem Contract des discipulus, wenn ein Anderer institor ist, die institoria actio?"

Und Jhering, Jahrb. II, S. 80., erklärt eine Anwort auf diese Frage für unmöglich und daher mit ihr allein schon Vangerow's (Pand. §. 661.) Auslegung, gegen welche sie gerichtet ist, und derzufolge ein (leider unerwähnter) Dritter den discipulis vorgesetzt war, für widerlegt.

Möchte nicht folgende Antwort genügen?

Daher, weil der Kunde, indem er zu seinem Schneider oder Walker in die Bude oder Werkstatt geht und dort an einen Lehrjungen ein Kleidungsstück zur Ausbesserung oder Reinigung abgibt, dadurch nicht mit dem Lehrjungen, sondern mit dem dermaligen Chef der Werkstatt in eine Obligation tritt, sei dieser nun der Meister selbst oder ein von diesem vorgesetzter institor; folglich, wenn der Meister verreist ist und einen institor hinterlassen hat, diesen institor zum Schuldner und Beklagten für seine actio directa, gegen den Meister aber die actio institoria bekommt.

Wohlbekannt ist ja die Stelle von Paullus II, 8, 3.:

Quod cum discipulis eorum, qui officinis uel tabernis

praesunt, contractum est, in magistros uel institores tabernae in solidum actio dabitur.

Und wenn das auch, wie Jhering mit Recht erinnert, cum grano salis zu verstehen ist, so darf doch ohne die Gefahr, gegen römische oder heutige Verkehrsansicht zu verstoßen, so viel daraus entnommen werden, daß das unter den obgedachten Umständen an den Lehrjungen abgegebene Kleidungsstück als an den institor abgegeben betrachtet werden soll.

VI.

Kleine Beiträge zur Kenntniß der Glossatorenzeit.

Von Dr. Maassen, ord. Prof. in Innsbruck.

I. Zu den Rechtsquellen der Glossatoren.

A. Codex Theodosianus und Lex Romana Visigothorum.[1]

1. Außer einer Stelle des Azo[2] hat sich keine Spur gefunden, aus der auf eine Bekanntschaft der Glossatoren mit dem westgothischen Breviar oder dem ächten Codex Theodosianus geschlossen werden könnte. Die darauf gegründete Annahme, daß ihnen diese Rechtsbücher so gut wie unbekannt geblieben seien, wird durch ein positives Zeugniß bestätigt. Auf der k. Bibliothek zu Bamberg befindet sich ein anonymer Commentar zu Gratians Decret[3], dessen Abfassung in die zweite Hälfte des zwölften Jahrh. zu setzen ist.[4] Dieser Commentar enthält zu c. 24. C. II. q. 6., d. i. Paul. rec. sent. lib. V. tit. 36. cum interpr., die nachstehende auf die

1) Savigny G. d. r. R. i. M. B. 3. S. 504. flg. Ich citire nach der 2. Ausgabe.

2) Azo Lectura in l. 5. C. *de delator.* 10. 11.: „ut in Theodosiano tit. eo.“ Sav. a. a. O. S. 505. Not. a.

3) Cod. P. II. 26. saec. $\frac{\text{XIII. ex.}}{\text{XIV. in.}}$ membr. 4. 101 fol.

4) Den Beweis werde ich in einem andern Zusammenhange führen. Hier sei nur erwähnt, daß die Summa des Placentinus über den Codex zur Zeit seiner Abfassung bereits geschrieben war, die Decretalensammlung Bernhards von Pavia (Comp. I.) dem Vf. aber noch nicht vorlag.

Worte der interpr. *Ista jam superius* rel. sich beziehende Bemerkung, die ich mit ihren Schreibfehlern hersetze:

„Haec possunt esse verba G. dicentis *superius*, i. e. superiore parte theodosiane legis; vel sunt verba ipsius imperatoris theodosii. Sed cum theodosianus codex non sit in lonbardia, est enim (*autem?*) aurelianis et apud scm. dionysium, videturque, quod G. has leges sumpsisset de canonibus ivonis [5], quos (l. *quas*) quidem inducit, non quomodo teneant, sed ne ignorantur."

Dieser Commentar ist in Paris verfaßt; alles spricht aber dafür, daß der Autor auch die Rechtsschule von Bologna besucht hat. Er kennt das „ydioma longobardicum," er führt sehr häufig den Bulgarus an, er berichtet genauer über die literarische Wirksamkeit des Paucapalea als irgend einer der bis jetzt bekannten Decretisten jener Zeit, er ist von der „litera boloniensis" und den Lehrmeinungen der „magistri bolonienses" auf's vollkommenste unterrichtet. Jedenfalls ist die Behauptung, daß der Codex Theodosianus nicht in der Lombardei sich befinde, so positiv hingestellt, daß wir nicht daran zweifeln dürfen, der Verfasser habe die Kunde dieser Thatsache, wenn nicht in Bologna selbst vernommen, so doch aus einer für ihn zuverlässigen Quelle geschöpft. — Natürlich beweist dieses Zeugniß für den C. Th. und das westgothische Breviar zugleich.

In Orleans ist übrigens noch jetzt eine Handschrift des Breviars [6]. Ob sie dasselbe Exemplar sein könnte, welches zur Zeit

---

5) Ivo Decr. P. V. c. 282., Pannorm. l. IV. tit. *de appellat.* (ed. Seb. Brant 1499. f. 102. In dieser mir vorliegenden Ausgabe sind die Capitel nicht numerirt.) Wahrscheinlich ist die Pannormie benutzt, da derselbe Commentar sie an einer andern Stelle namentlich anführt. M. s. des Verf. Beiträge zur Geschichte der juristischen Literatur d. M.-A. Wien 1857. (abgedruckt aus B. XXIV. der Sitzungsberichte der philos.-histor. Cl. der Wiener Akad.) S. 62.

6) Cf. Haenel Catalogi libr. ms. col. 275. — Idem Lex Romana Visigoth. p. L.

der Abfassung dieses Commentars sich dort befand, oder ob sich nachweisen läßt, daß sie erst später nach Orleans gekommen ist, vermag ich nicht zu sagen.

B. Germanische Rechtsquellen bei den Decretisten.

1. Lombarda.

2. Das langobardische Recht hat auch nach der Wiederbelebung des römischen Rechts im zwölften Jahrhundert sich noch lange in Gebrauch erhalten; am längsten in Neapel; aber auch in dem nördlichen Italien finden sich noch im funfzehnten Jahrhundert vereinzelte Spuren seines Gebrauches. Die systematische Lombarda blieb neben den übrigen Quellen des geltenden Rechts ein unmittelbarer Gegenstand wissenschaftlicher Bearbeitung; die Kenntniß der in ihr enthaltenen Gesetze wurde neben der des römischen Rechts und des langobardischen Lehnrechts als ein Bestandtheil der legalis sapientia betrachtet; in Bologna mußten die Bücherverleiher noch im vierzehnten Jahrhundert Exemplare der Lombarda vorräthig halten [7]. Fehlte den Glossatoren der Decretistenschule somit nicht die Gelegenheit, von dem langobardischen Recht Notiz zu nehmen, so war die Veranlassung durch die vielfachen Berührungspunkte des canonischen Rechts mit den weltlichen Rechten von selbst gegeben. Jedenfalls würde es verkehrt sein, die Frage, ob die langobardischen Gesetze das persönliche Recht der einzelnen Glieder des langobardischen Klerus gebildet haben oder nicht, hieher zu ziehen. Denn, wenn dies Verhältniß überhaupt zu irgend einer Zeit bestand, so hatte es doch jedenfalls bereits aufgehört, als die Schule der Decretisten in Bologna in's Leben trat.

3. Bei Gratian finden wir von einer Benutzung der lan-

---

7) M. vgl. hauptsächlich Sav. B. 2. S. 214. flg., B. 3. S. 510. flg. Eichhorn D. St.- u. R.-G. Th. 2. 5. Ausg. S. 216. flg., Merkel Geschichte des Langobardenrechts S. 37. flg. (Die letztgenannte Schrift ist, mit vielen Zusätzen ihres Verf. bereichert, neuerdings in italienischer Uebersetzung in den Memorie e documenti inediti spettanti alla storia del diritto Italiano nel medio evo, fascic. I. Torino 1857. erschienen.)

gobardischen Gesetze keine Spur. Dagegen wird in der Summa des Paucapalea[8], vielleicht der ältesten zusammenhängenden Arbeit, die über das Decret geschrieben ist, auf das Langobardenrecht Bezug genommen[9].

In Handschriften des Decrets mit solchen Glossen, welche vor die Glossa ordinaria fallen, kommen nicht selten Citate aus der Lombarda vor[10].

Ebenso finden sich in den Summä des Johannes Faventinus[11] und des Huguccio[12] über das Decret häufige Spuren

8) München Cod. lat. 18467. (Teg. 467.) und 15819. (Sal. cap. 19.) Den Nachweis, daß die in diesen beiden Hs. enthaltene Arbeit über das Decret den Paucapalea zum Vf. hat, verspare ich auf eine andre Gelegenheit.

9) So heißt es zu c. 22. C. II. q. 5., wo der Zweikampf für unerlaubt erklärt wird: „Quod vero contra alibi legitur, intelligendum vel ex diversarum provinciarum consuetudine, vel ex legibus principum, ut sunt Longobardicae, introductum esse," und zu c. 10. C. XXVII. q. 2. Dict. Grat.: Quodsi mortuus fuerit vir ejus, liberata est; cui vult, nubat, tamen in Domino. Jure autem Longobardorum triginta diebus lugeat et postea nubat." Die fragliche Bestimmung findet sich l. 3., 4. Lomb. *infra quod tempus* etc. lib. 2. tit. 7. Ich citire aus der Lombarda nach einer Ausgabe des glossirten Volumen (Lugdun. 1567.) In der Ausgabe von Lindenbrog sind bekanntlich einige Verschiedenheiten.

10) Ich habe sie gefunden in den zwei Münchner Handschriften Cod. lat. 4505. (Ben. 5.) und 10244. (Pal. M. 244.), ferner in der Innsbrucker Hs. No. 90. In der zuerst genannten Hs. sind die Citate sehr häufig, in der Innsbrucker habe ich nur 5 gezählt. Sie mögen als Beispiele hier folgen: Ad c. 32. C. XVII. q. 4.: „Lomb. de furtis et servis fugitivis. Si in ecclesia" (l. 21. lib. 1. tit. 25.). — Ad c. 37. C. XVII. q. 4.: „Lomb. de eccles. Ut nec una" (Es kommt weder eine solche Titelrubrik in der Lombarda vor, noch habe ich eine lex mit diesem Anfange gefunden.). — Ad c. 16. C. XVIII. q. 2.: „Lomb. de furtis et servis fu. Lodoicus." (Gemeint ist l. 88. *de furtis* etc. lib. 1. tit. 25. Diese Stelle fängt freilich nicht mit „Lodoicus" an, ist aber so inscribirt. Die l. 10. *de test.* lib. 2. tit. 52., welche mit „Lodoicus" anfängt, paßt weder der Titelrubrik noch dem Sinne nach.). — Ad c. 5. C. XX. qu. 3.: „Lomb. de eo qui mu. vel servum in sacramento miserit" (Gemeint ist l. 4. lib. 1. tit. 33.). — Ad c. 1. C. XXXV. q. 2. et 3.: „In Lomb. de succe. l. I." (lib. 2. tit. 14.)

11) M. s. meine Beiträge S. 25.—34.

12) M. s. a. a. O. S. 35.—46. Zu dem dort, namentlich S. 40. und

unmittelbarer Benutzung der Lombarda, in der des letztern zuweilen eingehende Erörterungen [13].

41., gesagten bemerke ich nur noch, daß ich inzwischen auch die Bamberger Hs. P. II. 28. kennen gelernt habe und noch benutze. Dieselbe enthält auch zu C. XXII.—XXVI. einen Commentar, und zwar nicht den von Johannes de Deo zur Ergänzung des Huguccio geschriebenen, sondern den Commentar eines Verfassers, den mindestens Guido a Baisio für Huguccio selbst hielt (vgl. Beiträge S. 41. Not 2.), und der es auch wohl in der That ist. Auch der Commentar zum tr. de poenitentia, dessen Ausführung Huguccio in der großen Summa sich vorbehalten hatte (Beiträge S. 38.), findet sich hier. Er ist in der Handschrift zwischen C. XXXVI. und die P. III. de consecr. eingeschoben.

13) Einige Belege für beide werden genügen. Joan. Fav. in c. 8. C. XII. q. 2. verb. *lege vulgari*: „Lex ista non est in corpore Romani juris, sed in volumine legis Longobardorum." In der That ist das Gesetz, welches Gregor V. in dem cap. Gratians, wenn auch mit etwas veränderten Worten, anführt, ein Gesetz Königs Rotharis. Es ist in der Lombarda l. 1. *de aggressione in vico facta* lib. 1. tit. 17. — Idem in C. XIV. q. 1. Einleitung: „E contrario videtur utroque iure decerni, ut C. t. de episcopis et clericis (*l.* 25. §. 1. *Cod.* 1. 3.) et Longobarda (*Cod. Bamb.* „*Lombarda*") t. de advocatis l. ult. (*lib.* 2. *tit.* 48. *l.* 11.), et Honorius Papa in illo c. Inhaerentes (*cf. c.* 2. *Comp. I. de juram. cal.* 1. 34., *c.* 1. *X. eod.* 2. 7.), et in multis aliis cap. clerici jurare prohibentur." — Hug. in c. 14. C. XXII. q. 5. verb. *in sua causa vel alterius:* „Sed numquid non praestabit juramentum de calumnia, cum in qualibet causa sit praestandum et perjurus et quilibet infamis non prohibeatur agere causam suam? . . . Praeterea secundum Lombardam, unde sumtum est hoc cap., sacramentum de calumnia non praestatur. Quomodo ergo ab eo absolvitur, quod facere non tenetur? Non ergo hic agitur de juramento calumniae, sed de sacramento purgandae innocentiae. Secundum Lombardam enim actore deficiente reus semper cogitur ad innocentiae purgationem; si vero perjurus vel alias infamis fuerit, non debet ejus juramentum recipi, sed extraordinarie punietur. Est ergo sensus: *nec existat jurator in sua causa*, scil. cum se debet expurgare, *vel in causa alterius*, scil. cum debet esse expurgator alterius . . . Non igitur liberatur a juramento calumniae, nec forte ab eo, quod faciunt omnes consulibus vel aliis potestatibus, nec etiam ab eo, quod debet facere domino ratione feudi, quod habet, et forte nec a quibusdam aliis." Das hier erläuterte Gesetz Karls d. Gr. (Cap. Aquisgr. a. 789. c. 63.) steht bei Ansegis. Cap. l. I. c. 61. und hat auch hiernach die Inscr. bei Gratian. Es findet sich aber auch in der Lombarda als l. 23. *qualiter quis se defendere* 2. 56. — Idem in c. 7. C. XXIX. q. 2. verb. *secundum saecularem legem.* Diese Stelle ist

Diese Beweise der Kenntniß des langobardischen Rechts bei den Decretisten setzen sich das ganze dreizehnte Jahrhundert hindurch fort. In den Glossen zu den Decretalensammlungen, in den Werken des Hostiensis, bei Guido a Baisio, dem Archidiakonus von Bologna, u. a. habe ich Belege gefunden.

4. Daß die Sammlung, welche die Canonisten bei ihren Studien des langobardischen Rechts benutzten, die systematische Lombarda war, würde auch dann keinem Zweifel unterliegen, wenn es durch die bei ihnen vorkommenden Citate nicht direct bezeugt würde. Folgende Stelle des Johannes Faventinus zeigt aber, daß ihnen im zwölften Jahrhundert die Existenz früherer Sammlungen noch bekannt war [14].

Joan. Fav. in c. 36. C. XI. q. 1. Dict. Grat. verb. *in suis Capitularibus.*

> „Non multum roborat legem istam, cum nec ipsa Capitularia Caroli [15] Longobarda [16] nisi localiter observentur. Nec mirandum, si aliquid [17] dicitur esse in libro Capitulorum, quod tamen in Longobarda [18] non reperitur, quia, cum IIII fuerint Pandectae: Gothica, Gallica, quae dicitur liber Capitulorum [18a], Longobarda [19] et Romana, de Gallica et Longobardica [20] compilatus est liber iste, qui nunc dicitur Longobarda [21]."

---

von der Glossa ordinaria in h. l. wörtlich aufgenommen (ohne daß sich die Sigle des Hug. in den Ausgaben, die ich benutzt habe, findet). Ich darf daher auf diese verweisen.

14) Ich gebe die Stelle nach der Münchner Handschrift, wobei nur offenbare Schreibfehler ohne weitere Bemerkung verbessert sind. Die sonstigen Varianten der Bamberger Handschrift sind in den folgenden Noten angegeben.

15) B. add. *i. e.*

16) B. *Lombarda.*

17) B. add. *aliquando.*

18) B. *Lombarda.*

18a) B. *Capitularium.*

19) B. *Lombarda.*

20) B. *Lombarda.*

21) B. *Lombarda.*

Das cap., zu dem diese Bemerkung[22] gemacht wird, ist entlehnt aus Bened. Lev. Cap. l. II. (VI.) c. 366.[23]. Johannes Faventinus nimmt aber offenbar an, daß es in der Pandecta Longobarda stehe; denn er rechnet es unter die langobardischen Capitularien Karls. Daß er von ihr aus eigner Anschauung rede, folgt daher nicht aus dieser Stelle, mag man unter der Pandecta nur den liber Papiensis oder die alte Edictensammlung verstehen. Freilich folgt auch nicht nothwendig das Gegentheil aus ihr. Auch der systematischen Lombarda werden von den Decretisten Stücke zugeschrieben, die sich in ihr nicht finden (m. s. u. §. 8. und Not. 41.), obgleich es doch gewiß ist, daß sie dieselbe kannten und benutzten. Es ist etwas andres, in einer Rechtssammlung im allgemeinen orientirt zu sein und genau zu wissen, was in ihr steht und nicht steht. Es kommt aber noch ein zweiter Grund hinzu, der es wahrscheinlich macht, daß Johannes über die Pandecta Longobarda nur von Hörensagen wußte. Er sagt nämlich, die Lombarda sei aus ihr und der Pandecta Gallica compilirt. Nun enthält aber

22) Sie war zum größten Theil schon früher aus Huguccio bekannt, der sie dem Johannes fast wörtlich entlehnt hat. Savigny hat nämlich die betreffende Stelle aus der Summa der Huguccio als einen Beleg für den seltnen Sprachgebrauch mitgetheilt, nach dem Pandecta eine Rechtssammlung überhaupt bedeutet (B. 3. S. 443. Not. d.). In dieser Beziehung s. m. auch noch die u. §. 7. angeführte Stelle des Johannes Faventinus. — Zur bequemern Vergleichung mit der oben abgedruckten Stelle des Joh. Fav. lasse ich die Stelle des Huguccio nach der Münchner und den beiden Bamberger Handschriften hier folgen. Die von Savigny benutzte Leipziger weicht in untergeordneten Punkten ab. Hug. in c. et verb. cit.: „Non in Lombarda, quae nunc est; ibi enim haec lex non invenitur; sed in Pandecta, unde Lombarda tracta est. Quatuor enim, ut dicunt, fuerunt Pandectae, scil. Gothica, Romana, Gallica, quae dicitur liber Capitulorum sive Capitularium, Lombardica. De Gallica et Lombardica compilatus fuit liber, qui nunc Lombarda dicitur."

23) Ueber die zweifelhafte Aechtheit dieses Capitulare s. m. Ant. August. de emend. Grat. l. II. dial. XI. (Bei Galland. T. II. p. 430.), Berardi Gratiani canones genuini P. I. p. 444. und Sav. B. 1. S. 128. Not. g.

die Lombarda kein Gesetz, welches sich nicht auch im liber Papiensis fände. Wenn wir daher nicht annehmen wollen, daß trotz eigner Kenntniß beider Sammlungen der Canonist an eine wesentliche Verschiedenheit ihres Inhalts geglaubt habe, während in der That so gut wie gar keine vorhanden ist, so könnte nur die alte Edictensammlung gemeint sein. Daß es ein beträchtlicher historischer Irrthum wäre, die Lombarda durch eine Verbindung der Edicte mit einer fränkischen Capitulariensammlung entstehen zu lassen, würde die Möglichkeit dieser Annahme noch nicht ausschließen. Erheblich aber ist, daß von einer Benutzung der Edictensammlung in so später Zeit keine Spuren sich finden, während wir mit Bestimmtheit wissen, daß das in der ersten Hälfte des elften Jahrhunderts von der Schule zu Pavia veranstaltete Rechtsbuch den Glossatoren des zwölften Jahrhunderts noch bekannt war [24].

5. Die Ansicht der Decretisten über die Geltung des langobardischen Rechts ist kurz diese.

Das römische Recht ist ihnen das jus civile schlechthin, das jus civile commune [25]; daraus folgt von selbst, daß alle andern Rechte ihm gegenüber nur die Bedeutung von Particularrechten haben können [26]. Aber, was sich keineswegs von selbst versteht, sie legen den langobardischen Gesetzen nicht mehr die Geltung eines geschriebenen Rechts bei; vielmehr habe das römische Recht dem

---

24) Merkel a. a. O. S. 23. u. S. 50. Not. 27. — Derselbe bei Sav. B. 7. S. 88.—90.

25) M. s. des Vf. Beiträge S. 78. und vgl. auch Merkel bei Sav. a. a. O. S. 66.

26) Die Anerkennnung eines so einfachen Folgesatzes bedarf eigentlich keiner Belege. In folgenden zwei Stellen ist offenbar an den Gegensatz des particularen zum gemeinen Recht gedacht. Hug. in c. 7. C. XII. q. 2. verb. *in legibus saeculi:* „non Romanis, sed in Lombarda, vel in aliis, quae apud diversas gentes habentur". — Joan. Fav. in c. 36. C. XI. q. 1.: „cum nec ipsa Capitularia Caroli Longobarda nisi localiter observentur."

langobardischen derogirt[27], soweit dieses sich nicht als Gewohnheitsrecht erhalten habe[28].

6. Aus einzelnen Aeußerungen ist zu schließen, daß das langobardische Recht nicht eben in großem Ansehen bei den Decretisten stand[29].

---

27) Joan. Fav. in c. 8. C. II. q. 3.: „Huic legi Lombardae (*B.* „*Longobardae*“) derogat lex Romana. — Cf. Archidiac. in c. 36. C. XI. q. 1. „Dicit B.: talis confirmatio nulla est, cum per istam l. Lombardam, quae est invalida, aliam confirmat invalidam. Unum enim invalidum aliud invalidum confirmare non potest.“

28) Das ergiebt die Vergleichung folgender Stellen. Joan. Fav. in c. 15. XXXII. q. 4. verb. *deteriorem partem sumit* „i. e. pejorem conditionem, ut, si unus parentum sit servilis conditionis, sive vir, sive mulier, semper, qui nascitur, servus erit, et hoc secundum Lombardam et quorundam provincialium consuetudinem.“ — Hug. in c. et verb. cit.: . . . „secundum Lombardam tamen, sive pater sit servus, sive mater ancilla, filii servi sunt, et hoc in multis regionibus observatur.“ — Glossa in c. 8. X. *de servis non ordin.* verb. *mater sua:* . . . „Illud intelligitur secundum Lombardam consuetudinem, quae adhuc observatur in multis regionibus, ut partus sequatur deteriorem conditionem.“ (So in sämmtlichen von mir verglichenen Ausgaben: Venet. Nic. Jenson 1475. — Venet. Nic. Jenson 1479. — Nurenb. Koburger 1482. — Venet. petr. Cremon. de plasiis 1482. — Venet. Thom. de blauis de Alexandria 1486. — Nuremb. Koberger 1493. — Lugdun. J. d. aufger. Löwen 1572. Dagegen lesen statt „Lombardam consuetudinem“ von den drei Innsbrucker Hs., sämmtlich saec. XIV. membr., No. 89. und 269.: „Lombardam“, No. 70.: „Lombardam legem“.). Dadurch unterscheidet sich die der Mitte des dreizehnten Jahrh. angehörende Glosse zu einer Decretale Gregors IX. von den beiden anderen Stellen, daß, während diese noch auf die Lombarda zurückweisen, die erstre schon einfach nur von einer lombardischen Gewohnheit redet. Freilich könnte man das „Lombardam“ bei Joh. Fav. auch als Adjectiv auf „consuetudinem“ beziehen. Huguccio, dem die Stelle vorlag, hat sie aber offenbar nicht so verstanden. Der Rechtssatz, daß das Kind der ärgern Hand folge, ist übrigens in der Lombarda nirgends als abstracte Regel ausgesprochen; doch ist er enthalten in l. 3. *si servus liberam* lib. 2. tit. 9. für das vor der Knechtschaft der Mutter etwa geborene Kind, und in l. 3., 4. *de conjug. serv.* lib. 2. tit. 12. Aber wenn selbst das Gegentheil in der Lombarda bestimmt wäre, so kommt es hier nur darauf an, daß die Canonisten glaubten, die Bestimmung sei in der Lombarda enthalten.

29) Joan. Fav. in c. 8. C. XII. q. 2. verb. *lege vulgari*: „i. e. Longobarda, quae vulgaris dicitur, eo quod vulgaribus est composita verbis et

Huguccio belegt die Lombarda sogar mit einem häßlichen Schimpfwort [30], das sich im vierzehnten Jahrhundert bei Lucas de Penna u. a. mit der gleichen Beziehung wieder findet [30a].

Für unsre Auffassungsweise ist ein so wegwerfendes Urtheilen über das historische Recht eines Volks völlig unbegreiflich. Derartige Aeußerungen fallen aber wohl nicht so sehr dem einzelnen zur Last, als sie vielmehr aus der wissenschaftlichen Richtung jener Zeit überhaupt zu erklären sind, die trotz ihrer Tüchtigkeit, oder vielleicht gerade um der besonderen Art ihre Tüchtigkeit willen, kein Organ für das Verständniß des historisch-individuellen hatte.

2. Andre Volksrechte.

7. Auch die Lex Gothica und die Lex Salica werden zuweilen erwähnt [31], ohne daß aus der Weise der Anführung etwas andres folgte als die allgemeine geschichtliche Kenntniß von der Existenz dieser Volksrechte.

Eine besondre Bewandniß hat es mit einer Bezugnahme des Johannes Faventinus auf die Lex Gothica, die zu c. 4. C. XVII. q. 4. vorkommt. An dieser Stelle findet sich eine ausführliche Erörterung über das Sacrilegium; dabei erwähnt der Verfasser, daß von einigen die Ansicht aufgestellt werde, das Sacri-

---

vulgo notata." — Hug. in c. et verb. cit.: „scil. Lombarda, quae vulgaris dicitur, quia vulgaribus verbis est composita, vel quia a vulgaribus et laicis rudibus."

30) Hug. in c. 15. C. XXXII. q. 4.: „Sed hoc ex toto repugnat legi Romanae, quae ex toto praejudicat faeci Lombardae." So die Münchner Hs. und die Bamberger P. II. 25. Der weniger correcte Cod. Bamb. P. II. 28. hat „legi" statt „feci".

30a) S. f. Sav. B. 6. S. 205. Not. — Cf. Muratori Script. T. I. P. II. p. 5.

31) M. s. d. o. §. 4. angeführte Stelle des Joh. Fav. Ferner Hug. in c. 10. C. XII. q. 2. verb. *in legibus saeculi*: „scil. in Lombarda, Gothica, Salica et hujusmodi." — Idem in c. 21. C. XVII. q. 4.: „Aliae tamen leges humanae, scil. Lombarda, Gothica et hujusmodi etiam in undecuplum poenas extendunt."

leg sei nur mit der Strafe der Excommunication, nicht mit Vermögensstrafen zu belegen; dann fährt er fort:

> „Defensores hujus sententiae dicunt, decretum Joannis Papae et Gregorii et reliqua, quae de hujusmodi poenis loquuntur, locum non habere; non enim istis statuitur, quid ecclesia servare debeat, sed potius recitatur, quid super hujuscemodi Lex Gothica statuat; sumta sunt enim illa capita quaedam ex Pandecta Gothica, quaedam ex Longobarda[31a]."

Unter dem hier erwähnten decretum Joannis ist gemeint c. 21. q. ead. mit der Inscription: „Joannes papa VIII. scribit omnibus episcopis." Dieses cap. ist aus verschiedenen Bestandtheilen zusammengesetzt; nach dem ersten, in den neuern Ausgaben das principium bildenden Stück[32], welches einem Schreiben Johanns VIII. entlehnt ist, hat es die Inscription erhalten. Wie nun aber die von Johannes Faventinus angeführten Canonisten zu der Meinung kamen, daß in diesem cap. die Bestimmungen der Lex Gothica über das Sacrileg recitirt würden, das erklärt sich folgendermaßen. Johann VIII. verkündigt in diesem Schreiben den Beschluß des Concils von Troyes über das Sacrileg. In der Lex Gothica sei nichts über dies Verbrechen enthalten, diese Lücke müsse ergänzt werden. Justinian bestimme die Composition für das Sacrileg auf fünf Pfund Goldes; das Concil habe sich aber dem mildern Gesetze Karls d. Gr. angeschloßen und setze die Composition auf dreißig Pfund Silber fest. Dieser Beschluß sei in dem codex legis mundanae der letztern anzuhängen. In Ivo's Decret findet sich nun P. III. c. 98. das ganze Schreiben mit der Aufschrift: „Joannes octavus in libro Gothicae legis." Diesem Schreiben ist als Schluß des so inscribirten cap.

31a) Münchner Hs.: „Longobardica."

32) „Quisquis inventus fuerit reus sacrilegii, episcopis ve abbatibus sive personis, ad quas querimonia sacrilegii juste pertinuerit, triginta libras examinati argenti purissimi componat."

dieselbe Erklärung des Sacrilegs angehängt, die in c. 21. cit. mit Auslassung des letzten Satzes die §§. 1. und 2. der neuern Ausgaben des Decrets bildet[33]. Sie ist hier unterschieden von dem Schreiben selbst durch die zwischen beiden stehenden Worte: „Hucusque lex Papae."

---

33) §. 1. „Sacrilegium committitur, si quis infregerit ecclesiam" . . . §. 2. „Similiter sacrilegium committitur auferendo sacrum de sacro, vel non sacrum de sacro, sive sacrum de non sacro." Bei Ivo folgen dann noch die Worte: „Non sacrum vero de non sacro, quia non potest computari in crimine sacrilegii, secundum mundanarum legum censuram debet emendari vel secundum morem patriae." Dieselbe Erklärung des Sacrilegs findet sich nach Agostino auch in der coll. Caesaraugustana (Ant. August. Dial. de emend. Grat. lib. II. dial. IX. Bei Gallandi T. II. p. 420. sq. — M. vgl. Sav. B. 2. S. 142. flg. Not. a.) und der coll. trium partium (Theiner Disquisitiones, append. II. p. 131. col. 1. vers. *Sacrilegium enim.*). In der erstern ist sie mit dem Schreiben Johanns VIII. verbunden, wie in Ivo's Decret, in der letztern geht sie, wie in der Pannormie, dem Schreiben voran (Theiner l. c. p. 96. col. 2. vers. Noveritis.). In der Caesaraug. ist keine Inscription; ob die coll. tr. p. eine Inscription hat, und welche, weiß ich nicht. Auch in Petri exceptiones legum Romanorum hat das Schreiben Johanns und als Anhang jene Erklärung des Sacrilegs Aufnahme gefunden (lib. 3. c. 36. Bei Sav. B. 2. S. 387.). — Ich glaube die bisher unbekannte (cf. Richter not. ad c. 21. cit.) Quelle dieser trichotomischen Begriffsbestimmung des Sacrilegs, die von Gratians Decret auch in die Karolina (Art. 171.) übergegangen ist, in einem Tractat „de immunitate et sacrilegio et singulorum clericalium ordinum compositione" gefunden zu haben, der in einer Handschr. der Münchner Staatsbibl. enthalten ist. Dieser Tractat, in dem u. a. die Capitulariensammlungen, aber auch die Capitularien unvermittelt, die Lex Ripuariorum und Regino benutzt sind, ist keine bloße Compilation gesetzlicher Bestimmungen, wie die genannten Canonensammlungen, sondern eine eigentliche Abhandlung, in deren Text der Verfasser die Gesetzesstellen als Belege verwebt hat. Das vorletzte Capitel nun enthält das Schreiben Johanns VIII. (hier: „ex decretis Joh. pp. VIIII."); dann folgt in dem letzten Capitel unter der Ueberschrift. „*Item quomodo sacrilegium committatur*" jene Erklärung des Sacrilegs: „Sacrilegium committitur — morem patriae." Diese Auseinandersetzung erscheint hier also als Theil des Tractats, und ist, wenn der Verf. nicht ein Plagiat begangen hat, von ihm selbst. Ich werde aber diesen in mehr als einer Beziehung interessanten Tractat bei Gelegenheit nähere Nachricht geben. Die in demselben enthaltene Begriffsbestimmung der compositio (m. vgl. Grimm Deutsche Rechtsalterthümer S. 649. u. 612.) möge schon hier eine Stelle finden. „*Quid vocetur compositio.* Com-

Nun könnte möglicherweise die Aufschrift in Ivo's Decret zu der erwähnten irrthümlichen Meinung der Canonisten Veranlassung gegeben haben. Um sie auf diese Weise zu erklären, müßten wir freilich schon eine große Flüchtigkeit bei ihnen voraussetzen. Da nämlich in dem Decret Ivo's das ganze Schreiben enthalten ist, so würde bei der oberflächlichsten Berücksichtigung seines Inhalts jener Irrthum widerlegt sein. Ich halte es daher für wahrscheinlicher, daß Ivo's Pannormie die Ursache gewesen ist. Hier findet sich lib. II. tit. de sacrilegio c. 1.[34] zuerst die Definition des Sacrilegs, die in dem Decret Ivo's dem Schreiben nachfolgt, mit der Aufschrift: „Joannes octavus in libro Gothicae legis," dann folgt in c. 2. mit der Aufschrift: „Idem in eodem libro" nur ein Theil des Schreibens; fortgelassen ist aber gerade die Stelle, in der es heißt, daß in der Lex Gothica sich nichts über das Sacrileg finde. Bei nicht allzu genauer Prüfung des Inhalts konnte daher hier ein Irrthum leichter entstehen[35]. Freilich soll die Inscription nicht das bezeichnen, was die von Johannes Faventinus erwähnten Canonisten darin fanden. Wer aber nicht den speciellen historischen Zusammenhang kannte, für den war es schwer zu errathen, was mit dieser Inscription gesagt sein sollte, ein Mißverständniß daher erklärlich. Jedenfalls wird eine andre Erklärung jener Meinung kaum zu finden sein.

3. Capitulariensammlungen.

8. Daß die Canonisten zu Bologna eine allgemeine Kunde von der Existenz einer Sammlung der fränkischen Capitularien hat-

---

positio autem proprie vocatur quaelibet satisfactio, quam reus quisque facit pro quolibet malefacto. Sive autem ipsa satisfactio sit corporis aut animae afflictio, sive sit pretium, quodcunque pro malefacto commisso ab ipso reo solvitur, merito compositio vocatur, quia contra commissum facinus quasi aequalitatis pondere ponitur, ad hoc videlicet, ut, sicut concordiae vinculum illato damno solvitur, ita satisfactione suscepta idem de integro conjungatur."

34) Ed. laud. fol. 39.

35) Daß die Pannormie von Decretisten des zwölften Jahrh. benutzt wurde, ist gewiß. M. s. o. Not. 5.

ten, zeigt die eben §. 4. angeführte Stelle des Johannes Faventinus, wo er von dem alten liber Capitularium, der Pandecta Gallica, redet. Daß aber die Mehrzahl diese Sammlung nicht näher kannte, läßt sich nachweisen. Die Lombarda ist ihnen der in vigore befindliche liber Capitularium. Dies folgt aus der Art und Weise, mit der sie zu Inscriptionen im Decret, in denen der liber Capitularium genannt ist, auf die Lombarda verweisen. Einige Beispiele werden dies klar machen.

Erstens c. 14. C. XXII. q. 5. hat die Inscription: „in primo libro Capitularium c. 63.“ Es steht bei Ansegis. Cap. l. I. c. 61. Huguccio bemerkt aber zu diesem cap., daß es aus der Lombarda entlehnt sei, wo es sich auch in der That findet[36]. Die Glossa ordinaria schreibt dies dem Huguccio wörtlich nach. Guido a Baisio bezeichnet auch den Ort, wo das cap. in der Lombarda steht.

Zweitens c. 27. C. XVII. q. 4. hat (in den Hs.) die Inscription: „Ite mex libro V. Capitularium.“ Es steht bei Ansegis. Cap. l. III. c. 25. Huguccio bemerkt aber zu c. 4. q. ead.: „Infra e. in illa lege Lombarda Qui subdiaconum“ (c. 27. cit.). Es steht in der Lombarda „tit. de homicidiis liber. hom.“ (l. 27. lib. 1. tit. 9.), wie von Guido a Baisio richtig angemerkt wird.

In diesen beiden Fällen ist die bezügliche Stelle wirklich in der Lombarda. Man könnte daher hier möglicherweise noch annehmen, daß nur gesagt sein solle, sie stehe auch in der Lombarda. In folgendem Falle ist es aber unwiderleglich klar, daß die Canonisten, wo der liber Capitularium genannt war, nur an die Lombarda dachten.

Drittens c. 8. C. II. q. 3. hat bei Gratian die Inscription: „Unde in libro Capitularium c. 175. legitur.“ Das cap. steht aber weder in den Sammlungen des Ansegisus und des Benedict Levita, noch in der Lombarda. Es ist die westgothische interpr. ad l. 1.

36) M. s. o. Not. 13.

C. Th. *de abolitionibus* 9. 37 [37]. Die Glossatoren machen zu dem Worte Capitularium nun folgende Bemerkungen:

Glossa anon. interlin. Cod. Oenip. 90 [38]:

„Lombardae.“

Joan. Fav.: „i. e. legis Longobardae.“

Hug.: „i. e. legis Lombardae.“

Cf. Archidiac. in c. 7. q. cit. Dict. Grat.:

„Hoc quod dictum est solvit etiam alio modo, ut locum habeat lex Lombarda, quae sequitur, secundum Ber.“

Hier kann kein Zweifel sein, daß das Wort liber Capitularium durch jene Bemerkung erklärt wird.

9. Das schließt natürlich nicht aus, daß einzelnen Glossatoren die fränkische Capitulariensammlung unmittelbar bekannt gewesen sein könnte. Aus einer Glosse des Cardinalis [39] möchte man geneigt sein, eine solche Bekanntschaft zu folgern. Gratians Decret enthält c. 29. C. XXVII. q. 2. und c. 1. C. XXXIII. q. 1. (cap. gemin.) eine Stelle aus dem Schreiben des Rabanus Maurus ad Heribald. [40]. In dieser Stelle wird Bened. Lev. lib. II. (VI.) c. 55. fast wörtlich angeführt, ohne daß die Quelle genannt wäre. Der Cardinalis bemerkt nun in einer Marginalglosse zu c. 1. cit. verb. *scriptum est:* „In primo libro Capitularii Caroli. C.“[41]. Die Bezeichnung des Buchs ist allerdings nicht richtig, mag man nun in jeder Sammlung für sich die Bücher zählen,

---

37) In der Lex Romana Visigothorum ed. Haenel lib. 9. tit. 27. — Das cap. steht bei Ivo Decr. P. XVI. c. 251. mit der Inscr. „Capitul. lib. IX. c. 20.“ Nach Pertz Leg. T. I. p. 267. enthält ein Cod. Weissenaug. (im J. 1842. nach Freiburg gekommen) nach den vier Büchern des Ansegisus auch das westgothische Breviar. Cf. Haenel l. c. p. LXXXVII. Vielleicht hat der Verf. des Decr. Iv. oder derjenige, dem dieser das cap. unmittelbar entlehnte, durch eine ähnliche Hs. zu der Inscr. sich verleiten lassen.

38) Ueber diese Hs. des Decrets und die darin enthaltenen Glossen vgl. m. des Vf. Beiträge S. 10.—17.

39) Ueber diesen Glossator s. m. a. a. O. S. 14.—20.

40) Bei Gratian sind falsche Inscriptionen. M. s. auch Richter in c. 29. c. 1. cit.

41) Huguccio bemerkt zu c. 29. cit. verb. cit.: „Lombarda.“ Da

oder, wie früher geschah, beide mit einander verbinden. Dieser Umstand beweist indeß nichts gegen die Benutzung. Es kommt für diese Frage nur darauf an, daß überhaupt auf ein bestimmtes Buch verwiesen ist. Die falsche Zahl des Buchs kann auf verschiedene Weise entstanden sein.

Aus einem andern Grunde wird es aber doch zweifelhaft, daß diesem Citat die Sammlung Benedicts unmittelbar zu Grunde gelegen hat. Die Stelle, welche Rabanus aus dieser Sammlung anführt, steht nämlich auch in den beiden Canonensammlungen Ivo's und wird in diesen aus dem liber Capitularium angeführt[42]. Da beide der Glossatorenzeit nicht unbekannt waren[43], so könnte der Cardinalis seine Bemerkung einer derselben entlehnt haben.

10. In zwei Stellen des in Paris im zwölften Jahrhundert verfaßten Commentars des Cod. Bamb. P. II. 26.[44] wird räthselhafter Weise der liber Capitularium dem Isidorus zugeschrieben.

Die erste Stelle bezieht sich auf c. 3. Dist. XIX. Die Worte sind:

> „Lex est Caroli, non decretum, et habetur in libro Ysidori, quem ex diversis fecit capitulis[45].“

hier bei Gratian selbst der liber Capitularium nicht genannt ist, und das cap. in der Lombarda nicht vorkommt, so hat Huguccio hier wahrscheinlich die im Text angeführte Glosse des Cardinalis vorgelegen. Die Glossa ordinaria schreibt dem Hug. „Lombarda“ nach. Zu c. 1. cit. hat sie aber die Gl. des Card. mit dieser Bemerkung des Hug. combinirt. Es heißt hier nämlich: „primo libro Capitularii Caroli, scil. in Lombarda.“

42) Ivo Decr. P. VIII. c. 80.: „Capitularium lib. VI. c. XCI.“ So in den Opera Paris. 1647. — Ivo Pannorm. lib. VI. tit. de impotentia c. 3. ed. laud. fol. 138.: „Libro capitulorum Titulo VII. capitulo XX.“

43) M. s. Beiträge S. 62. flg.

44) M. s. o. §. 1.

45) Die Inscription der Stelle bei Gratian ist wie bei Ivo Decr. P. V. c. 50.: „Ex capitulis Caroli imperatoris.“ Sie steht bei Baluz. Cap. reg. Franc. T. I. col. 357. (Walter T. II. p. 153.) ad a. 801. als „Capitulum de honoranda sede apostolica.“ In den gedruckten Ausgaben des conc. Tribur. a. 895. ist es c. 30. — Pertz Leg. T. I. p. 269. bemerkt: der Cod. bibl. reg. Paris. No. 3878. enthalte neben Stücken aus Ansegisus und aus Karls des Kahlen Capitularien zugleich ein

Die zweite auf c. 8. C. II. q. 3. inscr.[46] bezügliche Stelle lautet so:

„Liber capitulorum dicitur liber isydori, in quo collegit capitula et leges Karoli et Pippini et aliorum, de quibus ponit hanc legem[47]."

Wenn wir nicht annehmen wollen, daß der Verfasser diese Behauptung ganz aus der Luft gegriffen hat, so muß demnach eine Tradition bestanden haben, welche eine Sammlung von Capitularien fränkischer Könige dem Isidor zuschrieb. Ob in dieser Thatsache ein Argument mehr für die Ansicht gefunden werden könne, welche die beiden Verfertiger unächter Documente, Benedict Levita und Pseudoisidor, für Eine Person hält[48], wage ich nicht zu entscheiden. Jedenfalls wird durch den Umstand, daß die bezüglichen Capitel des Decrets in der Sammlung Benedicts sich nicht finden, noch nicht bewiesen, daß der Verf. des Commentars eine andre Sammlung gemeint habe. Diese Bemerkungen lassen sich sehr wohl lediglich aus den Inscriptionen Gratians erklären, ohne daß wir anzunehmen brauchen, ihrem Urheber habe das von ihm dem Isidorus zugeschriebene Werk selbst vorgelegen. Man wüßte nicht einmal, welches Werk.

Eine Verwechslung mit der pseudoisidorischen Canonensammlung kann dieser Meinung nicht zu Grunde liegen, da der Verfasser des Commentars diese aus eigner Anschauung kannte[48a], also nicht annehmen konnte, daß sie eine Sammlung von Capitularien sei.

Fragment des conc. Tribur. a. 895. Kommt in diesem Fragment auch der bei Ivo und nach ihm bei Gratian als Capitulare Karls bezeichnete c. 30. dieses Concils vor?

46) M. s. o. §. 8.

47) Mit beiden Stellen ist noch zu vergleichen eine Bemerkung zu c. 9. Dist. X. verb. *de capitulis*: „Post translatum imperium ad francos factum est hoc decretum, unde secundum vulgare eorum dicit *capi*[*tulis*], vel *praece*[*ptis*], quod idem est; secundum quod lex Karoli intitulatur liber Capitularium."

48) M. s. Walter Kirchenrecht §. 97. Not. 12.

48a) M. s. Beiträge S. 57.

Unter dem Isidor kann wohl kaum ein andrer als der heil. Isidor von Sevilla gedacht sein. Der Schnitzer in der Chronologie ist allerdings bedeutend, aber für jene Zeit nichts außerordentliches.

II. Zur technischen Benennung der Glossatorenschriften.

11. Einen sehr wichtigen Bestandtheil der Glossatorenliteratur bilden die Summä. Die Summa des Azo über den Codex und des Hostiensis über Gregors IX. Decretalensammlung gehören zu den berühmtesten Schriften der Glossatorenzeit.

Das unterscheidende Merkmal dieser Art von Schriften ist, daß sie bei der Erläuterung der Rechtssammlungen sich nicht an die Reihenfolge der einzelnen Gesetze oder Capitel, sondern nur der größern Abschnitte, Titel, Quästionen u. s. w. binden, unter denen die bezügliche Lehre nach einem frei gewählten Plane des Verfassers systematisch abgehandelt wird[49].

Merkwürdig ist, daß für Arbeiten über Gratians Decret diese Bezeichnung auch in solchen Fällen vorkommt, in denen eine Summa in der regelmäßigen Bedeutung garnicht vorhanden ist.

Das Werk des Johannes Faventinus über das Decret ist lediglich ein exegetischer Commentar, mit kurzen Inhaltsübersichten zum Eingang der einzelnen Distinctionen und Quästionen, wie sie auch in den Glossenapparaten vorzukommen pflegen. Hie und da finden sich größere Ausführungen, aber äußerlich doch stets durch das nach der Ordnung des Decrets zu erläuternde Capitel veranlaßt. Die Arbeit ist also selbst nichts andres als ein Apparat, nur daß die Erläuterung nicht in der Form von Glossen in äußerer Verbindung mit dem commentirten Rechtsbuch, sondern äußerlich als selbstständiges Werk erscheint, was im Wesen natürlich nichts ändert. Daß aber das Werk eine Summa genannt wurde, wird

49) M. vgl. Sav. B. 3. S. 552., B. 5. S. 241.

durch die Zeugnisse des Huguccio[50] und des Johannes Andreä[51] bewiesen.

Was von der Einrichtung des eben genannten Werks gesagt ist, das gilt vollkommen auch von der größern Arbeit des Huguccio über das Decret. Aber auch diese wird von Johannes de Deo eine Summa genannt[52], und unter demselben Namen kommt sie in dem Katalog der Stationarien von Bologna vor[53].

Diese Bezeichnung hat also in ihrer Anwendung auf Arbeiten über das Decret offenbar eine von der regelmäßigen abweichende Bedeutung.

Kein Rechtsbuch widerstrebt so sehr einer systematischen Behandlung in der Weise der Summä, wie das Decret. In derselben Distinctio oder Quästio sind oft die verschiedenartigsten Materien abgehandelt. Daraus erklärt es sich, daß fast alle Schriften über dasselbe in der Form exegetischer Commentare abgefaßt sind. Ueber kein Quellenstück sind uns so viele eigentliche Commentare, theils größern, theils geringeren Umfangs, erhalten. Außer der Summa des Sicardus von Cremona ist mir aber bis jetzt kein Werk bekannt, welches bei der Erläuterung des Decrets die Methode der Summä befolgte. Gerade diese Schrift scheint aber auch nicht zu großem Ansehen bei den Glossatoren gelangt zu sein. Ich habe sie in spätern Schriften nie citirt gefunden.

In dieser Erscheinung ist denn auch der Grund zu suchen, daß bei der Bezeichnung der einzelnen Schriften über das Decret auf den Unterschied zwischen Summa und Apparat kein Gewicht gelegt

---

50) Hug. in c. ult. C. XXIII. q. 7.: „Quaeritur, utrum clerici debeant arma sumere. Jo. in Summa dicit imo."

51) Joan. Andr. addit. in speculum Durant. prooem.: . . . „Jo. Faventino, qui in sua lectura Decreti, quae illo tempore Summae nomen arripuit et hucusque servavit" rel.

52) M. s. die bei Sarti P. I. p. 354. und P. II. p. 194. und hiernach in meinen Beiträgen S. 37. abgedruckten Stellen aus der Ergänzung des Huguccio.

53) Bei Sav. B. 3. S. 650.

wurde. Die erstre Art von Schriften existirte eben so gut wie garnicht.

12. Johannes Andreä bezeichnet übrigens den Namen Summa für das Werk des Johannes Faventinus als Usurpation [54]. Wenn er selbst es aber eine Lectura nennt, ist dies Wort ebenfalls nicht strict zu nehmen [54a]. Daß die Summa des Johannes Faventinus nicht etwa nur aufgeschriebene Vorlesungen enthält, erhellt, von innern Gründen gänzlich abgesehen, auf's unzweifelhafteste daraus, daß er selbst an einer Stelle den Leser auf die weitere Ausführung in den Vorlesungen verweist [55]. Lectura kommt übrigens auch in andern Fällen noch in der allgemeinen Bedeutung einer Erklärung überhaupt vor [56].

III. Rectorat von Bologna.

13. Nach den Statuten der Universität Bologna mußten die Rectoren Clerici sein [57]. Savigny hat schwer zu widerlegende Gründe für die Annahme geltend gemacht, daß Clericus hier nicht einen Geistlichen, sondern einen Studirenden oder Literaten bezeichne [58]. Dieser Sprachgebrauch wird durch eine anonyme Glosse zu c. 5. Dist. XI., welche sich in einer Münchner Handschrift von Gratians Decret [59] findet, auf's schlagendste bestätigt.

---

54) M. s. die Not. 51. angeführte Stelle: „Summae nomen arripuit."

54a) Ueber die regelmäßige Bedeutung von Lectura s. m. Sav. B. 3. S. 539.

55) Joan. Fav. in c. 4. C. XVII. q. 4.: „Alias forte sententias in legendo narrabimus. Lectori tamen in hujusmodi diversitatibus suademus potius ecclesiasticae consuetudini quam cujusquam sententiae acquiescere."

56) So nannte Cinus seinen Commentar zum Codex, obgleich er als eigentliches Buch entstanden war, auch Lectura. (Sav. B. 6. S. 80. Not. b.). Der Apparat des Guido a Baisio zum Decret heißt in dem Katalog der Stationarien (Sav. Bd. 3. S. 649.) ebenfalls Lectura. Und doch ist, namentlich nach den Schlußworten des Werks, kein Zweifel, daß es für die Publication geschrieben ist.

57) Statut. Bonon. lib. 1. p. 1. (Bei Sav. B. 3. S. 643.) Dasselbe war in den Statuten von Montpellier c. 20. bestimmt. (Bei Sav. a. a. O. S. 695.)

58) B. 3. S. 190.

Die Glosse handelt von der derogatorischen Kraft der consuetudo legi contraria. Einige seien der Meinung, heißt es, daß es darauf ankomme, ob das Gesetz in odium des Uebertreters einen Nachtheil statuire, oder ob es in favorem gewisser Personen etwas verfüge: „ut lex, quam fecit fredericus, que lex dicit, quod clerici conveniantur coram magistris suis."

Daß hier die Auth. Frider. *Habita* gemeint ist, kann keinem Zweifel unterliegen. Die betreffende Stelle derselben lautet: „hujus rei optione data scholaribus, eos coram domino vel magistro suo vel ipsius civitatis episcopo . . . conveniat."

Scholaris und clericus war also dem Glossator gleichbedeutend.

---

59) Cod. lat. Mon. 10244. (Pal. M. 244.) M. vgl. üb. diese Hs. meine Beiträge S. 27. Not. 1.

VII.

Die authentische Interpretation.

Von J. Bremer,

Secretär des O. A. Gerichts zu Lübeck.

§. 1.

Lex non est trahenda ad praeterita; namentlich sind Erwerb und Verlust der Rechte nach demjenigen Gesetze zu beurtheilen, welches zur Zeit der den Erwerb oder den Verlust begründenden Thatsache galt, nicht nach einem später erlassenen. Diese Regel dürfte sich aus der Natur der Sache, dem Begriffe und dem Zwecke des Gesetzes ergeben; sie ist jedenfalls geschichtlich festgestellt. Sie ist in dem römischen, wie in dem kanonischen Rechte enthalten, in die drei bedeutendsten Gesetzbücher der neueren Zeit, das preußische Landrecht, das östreichische Gesetzbuch und den Code Napoléon aufgenommen; sie bildet ein juristisches Axiom, wie schwierig und bestritten auch der Umfang ihrer Anwendung sein mag. Der Gesetzgeber kann jedoch durch ausdrückliche Bestimmung einem neuen Gesetze rückwirkende Kraft beilegen; aber eine solche ausdrücklich angeordnete Rückwirkung hat gewisse Gränzen und Schranken; sie findet keine Anwendung auf Fälle und Rechtsverhältnisse, welche unter der Herrschaft des früheren Gesetzes durch Zahlung, Urtheil oder Vergleich ihre Erledigung gefunden haben. Was in's besondere das gerichtliche Erkenntniß betrifft, so wird die Vorschrift Justinians in Nov. 115 pr. in c. 1. noch heutigen Tages als

gültig betrachtet; die Wirksamkeit des Erkenntnisses ist nach den zur Zeit desselben geltenden Gesetzen zu beurtheilen; es ist dabei gleichgültig, ob das Erkenntniß schon in Rechtskraft getreten ist, oder nicht; auch der höhere Richter soll nur nach den zur Zeit des angefochtenen Erkenntnisses geltenden Gesetzen sprechen.

Die im Allgemeinen geltenden Grundsätze von dem Ausschlusse und den Beschränkungen der Rückwirkung sollen aber keine Anwendung finden, wenn das neue Gesetz ein erklärendes ist, eine authentische Interpretation enthält. Die authentische Interpretation wird in den Lehrbüchern nicht nur des römischen, sonders auch des deutschen Rechts [1] und deutscher Particularrechte [2] mit großer Uebereinstimmung als eine ganz eigenthümliche Art gesetzgeberischer Thätigkeit dargestellt. Weil sie von dem Gesetzgeber ausgeht, hat sie die Kraft und Wirksamkeit eines Gesetzes; die durch sie erklärte ältere Norm muß in dem jetzt angegebenen Sinne verstanden und angewandt werden. Weil sie aber nicht als neue Satzung, sondern als Auslegung, als Belehrung über den Inhalt einer schon vorhandenen Vorschrift, auftritt, soll ihre Wirksamkeit viel weiter gehen, als die eines gewöhnlichen Gesetzes; es wird ihr eine unbedingte Rückwirkung zugeschrieben, wie sie sonst ein Gesetz auch durch ausdrückliche Beilegung rückwirkender Kraft nicht erlangen würde. Die Wirksamkeit der authentischen Interpretation soll bis zum Anfangspunkte der Geltung der durch sie erklärten Rechtsnorm zurückreichen; sie soll auf alle Fälle angewandt werden, auf welche die ausgelegte ältere Bestimmung Anwendung findet, und es sollen bei ihr Alle Beschränkungen wegfallen, welche für neue ausdrücklich mit rückwirkender Kraft erlassene Gesetze aufgestellt werden. Nicht nur für die Zukunft, sondern auch für die Vergangenheit muß das erklärte Gesetz in dem

---

1) Beseler System des deutschen Privatrechts. §. 21.

2) z. B. Falk, Handbuch des schleswig-holsteinischen Privatrechts B. 1. S. 144. — Wächter, Handbuch des würtembürgischen Privatrechts. B. 2. S. 150—153.

Sinne verstanden werden, welchen der Gesetzgeber mittelst der authentischen Interpretation angiebt. Die Rückwirkung der authentischen Interpretation wird demnach auch dann nicht ausgeschlossen, wenn ein Rechtsverhältniß bereits durch Zahlung oder auf andere Weise völlig erledigt worden; es ist namentlich mit Berufung auf die authentische Interpretation eine Zurückforderung geleisteter Zahlung, wie eine Anfechtung von Verträgen, in dem Umfange möglich, als eine solche Anfechtung und Zurückforderung wegen Rechtsirrthums zulässig ist; denn jede Auslegung und Anwendung eines Gesetzes in einem anderen Sinne, als in dem durch die spätere authentische Interpretation festgestellten, wird mittelst dieser zu einem Rechtsirrthume gestempelt. — Was insbesondere gerichtliche Erkenntnisse betrifft, so unterliegt ein noch nicht rechtskräftiges Erkenntniß der Abänderung in Folge einer später erlassenen authentischen Interpretation; der Appellationsrichter muß dem Inhalte der authentischen Interpretation gemäß entscheiden, und nicht in dem Sinne, wie er ohne solche Interpretation das zur Anwendung zu bringende zur Zeit des ersten Erkenntnisses allein geltende Gesetz verstanden haben würde; er muß der authentischen Interpretation gemäß abändern, auch wenn er der Ueberzeugung ist, daß der Unterrichter damals nicht anders, als wie geschehen, habe erkennen können; bestätigen, auch wenn er die untergerichtliche Entscheidung nach dem zur Zeit derselben geltenden Gesetze nicht für gerechtfertigt hält. Ein bereits rechtskräftiges Erkenntniß soll dagegen durch eine spätere authentische Interpretation, mit welcher es nicht in Einklang steht, seine Rechtswirkung nicht verlieren, weil ja auch ein unrichtiges Erkenntniß in Rechtskraft tritt, und die Eigenschaft der Unabänderlichkeit erlangt. Ganz unbedingt läßt sich indessen nicht der Satz aufstellen, daß ein Erkenntniß, für welches die Voraussetzungen der Rechtskraft vorhanden sind, nicht mit Hülfe einer authentischen Interpretation beseitigt werden könne. Der in Nov. 19. enthaltene Ausschluß der durch Urtheil entschiedenen Fälle von der Rückwirkung der authentischen Interpretation kann auf solche Fälle keine Anwendung finden, in welchen sich aus der authentischen Interpre-

tation gerade eine Richtigkeit des Erkenntnisses ergiebt. Einzelne Rechtslehrer haben eine Richtigkeitsbeschwerde in Folge einer authentischen Interpretation für ausgeschlossen halten wollen, weil aus der authentischen Interpretation folge, daß das Gesetz nicht klar gewesen sei, mithin ein dem Inhalte einer späteren authentischen Interpretation zuwiderlaufendes Erkenntniß nicht als contra jus clarum in thesi bezeichnet werden dürfe;[3] diese Behauptung ist aber entschieden unhaltbar. Es kann ja der Gesetzgeber sich auch veranlaßt finden, ein nach seiner Ansicht völlig klares Gesetz, welches von einem oder dem andern Richter unrichtig angewandt worden ist, authentisch zu interpretiren; und wenn in einer authentischen Interpretation das erklärte Gesetz als ein an sich klares, keiner zwiefachen Auslegung fähiges bezeichnet; wenn zugleich gesagt wird, daß nur bei grober Nachlässigkeit und auffallendem Ungeschick der wahre Sinn des Gesetzes habe verkannnt werden können, daß aber der Gesetzgeber auch jeden ungegründeten Zweifel durch diese authentische Interpretation habe abwenden wollen: so muß die von dem Gesetzgeber behauptete Klarheit von jedem Richter als vorhanden angenommen, es muß ein dem jetzt angegebenen Sinne widersprechendes Erkenntniß als contra jus clarum in thesi angesehen werden. Jedenfalls kann aber die Beschwerde wegen unheilbarer Nichtigkeit erwachsen, wenn aus der authentischen Interpretation sich ein wesentlicher Mangel in der Person des Richters oder der Partei oder in dem Verfahren ergiebt. So wurde im Jahre 1715 von der Juristenfacultät zu Helmstädt ein Erkenntniß als nichtig aufgehoben lediglich auf Grund einer authentischen Interpretation, welche der verurtheilte Beklagte nach gefällter gerichtlicher Entscheidung bewirkt hatte.[4]

---

3) Weber über die Rückanwendung positiver Gesetze. S. 212. 213. — Savigny, System B. 8. 513. Anm. 1.

4) Leyser, medit. ad pand. vol. I. Sp. VII. med. VI. — Ein Adliger in der Mark Brandenburg, gegen welchen eine Klage bei dem Obergerichte angestellt war, hatte mit Berufung auf ein seiner Familie ertheiltes Privilegium die Einrede des unzuständigen Gerichts vorgeschützt. Die Einrede

§. 2.

Die im Vorstehenden aufgestellten Grundsätze über die Wirksamkeit der authentischen Interpretation werden fast allgemein von den Rechtslehrern als geltendes Recht vorgetragen. Bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Anordnung des Gesetzgebers als authentische Interpretation anzuerkennen und ihr unbedingt rückwirkende Kraft beizulegen sei, gehen die Ansichten der Schriftsteller in zwei Richtungen aus einander, indem bei der Doppelnatur der authentischen Interpretation ihre Eigenschaft als Auslegung eines älteren Gesetzes oder als Ausfluß gesetzgeberischer Machtvollkommenheit als die vorherrschende aufgefaßt wird.

Darüber möchten vielleicht Alle noch einverstanden sein, daß es nicht lediglich auf den von dem Gesetzgeber gewählten Namen ankomme, ob er nämlich die neue Verfügung ausdrücklich als „authentische Interpretation, Declaration, declaratorisches Gesetz" bezeichnet habe oder nicht. Hat der Gesetzgeber eine solche Bezeichnung gewählt, ohne daß die erlassene Anordnung sich mit der Auslegung eines älteren Gesetzes beschäftigt; liegt es vor, daß der Gesetzgeber selbst die Anordnung als ein neues Gesetz, als Nachtrag, Zusatz zu früheren Gesetzen betrachte: so hat dieselbe des unrecht gewählten Titels ungeachtet nicht die Wirksamkeit einer authentischen Interpretation.[5] Andrerseits bedarf es aber, damit eine Anwendung als

---

wurde unbegründet befunden, und der Beklagte in der Hauptsache verurtheilt. Er bewirkte nun eine landesherrliche Erklärung des Privilegiums, und auf Grund derselben wurde nach angestellter Nichtigkeitsbeschwerde das Erkenntniß als nichtig aufgehoben: „weil die erfolgte königliche Declaration, welche keinesweges ein neues Privilegium, sondern nach deren deutlichen Inhalt eine Erklärung des alten, demnach auch auf die actus pendentes und praeteritos zu ziehen ist, sattsam bezeugt, daß des Appelantens exceptio fori incompetentis wohl gegründet gewesen, und der von dem Quartal-Gericht abgegebene Bescheid, weil er extra jurisdictionem gegeben worden, ungültig sei, folglich per querelam nullitatis umgestoßen werden könne."

5) Braun, Erörterungen S. 38.

authentische Interpretation gelte, nicht nothwendig, daß sie als solche ausdrücklich bezeichnet sei; es genügt, daß sie sich nur auf irgend eine Weise als Auslegung eines schon vorhandenen Gesetzes kund gebe, oder daß aus ihrem Inhalte, z. B. aus Bezugnahme auf entstandene Zweifel über den Sinn eines älteren Gesetzes, auf verschiedene Auffassung desselben in gerichtlichen Erkentnissen u. d. g. zu entnehmen sei, daß der Gesetzgeber das ältere Gesetz in einem gewissen Sinne verstanden wissen wolle.[6] Es wird daher auch leicht vorkommen können, daß eine und dieselbe auf ein früheres Gesetz sich beziehende gesetzgeberische Anordnung neue Normen und zugleich eine authentische Interpretation enthalte, und in solchem Falle wird es Sache des Richters sein, bei Anwendung des neuen Gesetzes die neuen Normen und dasjenige, was als Erklärung älterer Normen anzusehen ist, zu sondern.

Damit eine gesetzliche Anordnung als authentische Interpretation gelte mit der Eigenschaft unbedingter Rückwirkung bis zum Erlasse des älteren Gesetzes hinauf, ist nothwendig erforderlich, daß sie entweder von dem Gesetzgeber ausdrücklich als Erklärung des älteren Gesetzes bezeichnet sei, oder daß wenigstens der Wille des Gesetzgebers in dieser Beziehung sich klar ergebe. Ob aber dieser Wille des Gesetzgebers allein ausreiche, oder ob es außerdem noch auf das innere Verhältniß zwischen dem erklärten und dem erklärenden Gesetze ankomme, dieses ist es, was unter den Rechtslehrern streitig ist.

Soll jeder Verfügung, welche der Gesetzgeber nach seiner kund gegebenen Absicht als eine erklärende angesehen wissen will, auch wenn sie und so weit sie das ältere Recht nicht bloß auslegt, sondern dasselbe ergänzt und abändert, dennoch die oben geschilderte Wirksamkeit einer authentischen Interpretation zugeschrieben werden: so hieße das, einer neuen Satzung eine den sonst anerkannten Grundsätzen widersprechende, die Rechtssicherheit gefährdende Rück-

6) Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts. S. 72.

wirkung beilegen. Leicht möchte ein Gesetzgeber, ohne es zu wollen, dazu kommen können, bei Erlassung einer authentischen Interpretation etwas in das erklärte Gesetz hinein zu legen, was in der That nicht in demselben enthalten war. Auch wäre ihm auf diese Weise ein Mittel gegeben, einer neuen Satzung die allerstärkste Rückwirkung zu verschaffen, und zwar mit Vermeidung der leicht Anstoß erregenden Anordnung einer Rückwirkung. Ohne gewaltsames Eingreifen in die Rechtspflege könnte er den Richter nöthigen, in einem anhängigen Rechtsfall ein den geltenden Gesetzen zuwiderlaufendes Erkenntniß zu sprechen; es wäre, um einen schon mehrfach gebrauchten Ausdruck[7] anzuwenden, „der verschleierten Cabinetsjustiz" Thür und Thor geöffnet. Aber nicht bloß die Erwägung solcher Folgen, auch eine logische Nothwendigkeit spricht dafür, daß neben der Absicht des Gesetzgebers, ein älteres Gesetz zu erklären, das innere Verhältniß der als authentische Interpretation erlassenen Norm zu der erklärten als zweites Erforderniß aufzustellen sei. Die eigenthümliche Natur der authentischen Interpretation liegt ja gerade in ihrem Verhältnisse zu dem älteren Gesetze; ihre Wirksamkeit beruht lediglich darauf, daß sie keine neue Rechtsvorschrift aufstellt, sondern eine schon vorhandene auslegt. Es ist mithin dasjenige, was man wohl als rückwirkende Kraft der authentischen Interpretation bezeichnet, keine eigentliche Rückwirkung; es soll nur das alte Gesetz in seinem wahren ursprünglichen Sinne auf die unter seine Herrschaft fallenden Verhältnisse angewandt werden. „Wenn der Richter," also bemerkt Savigny, „in Gemäßheit des auslegenden Gesetzes urtheilt: so wendet er in der That das ausgelegte Gesetz an, nicht das auslegende; und darin liegt keine Rückwirkung." Daraus folgt aber doch mit Nothwendigkeit, daß, wenn und soweit die neue Verfügung nicht eine Auslegung des älteren Gesetzes, son-

7) Rotteck und Welcker Staatslexicon B. 3. S. 183. Buddäus in Weiskes Rechtslexicon B. 2. S. 513. Schlayer in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. B. 10. S. 260.

dern in der That eine neue Satzung enthält, sie als authentische Interpretation nicht anerkannt, ihr eine Wirksamkeit auf frühere Fälle nicht beigelegt werden kann.

Daher wird von vielen Schriftstellern als ein nothwendiges Erforderniß der authentischen Interpretation aufgestellt, daß sie zu dem erklärten Gesetze wirklich in dem Verhältniße reiner Auslegung stehe. Um zunächst Joh. Steph. Pütter [8] zu nennen, so findet derselbe den Grund, weshalb der authentischen Interpretation eine Wirksamkeit auf frühere Fälle und bereits anhängige Rechtssachen beizulegen sei, darin, daß eben ein älteres zweifelhaftes Gesetz ausgelegt, nichts Neues verfügt werde, und er beschränkt dem gemäß diese Wirksamkeit auf den Fall wirklicher Auslegung: „at simulac tamen revera novi quid statuitur, vel plane si sub praetextu interpretationis authenticae juri quaesito anteriori detrimentum immineat, aliud statuendum videtur. Claproth [9] lehrt, daß eine in der Appellationsinstanz erbetene authentische Interpretation, wenn sie auf ein neues Gesetz hinauslaufe, auf den gegenwärtigen Fall nicht anzuwenden sei. Hufeland [10] bemerkt in Beziehung auf l. 12. §. 1. C. de legibus daß das Gesetz den Rechtsgelehrten doch nicht zwingen wolle, noch viel weniger zwingen könne, etwas, was seiner Natur noch keine Auslegung, sondern wirklich davon abweichende Bestimmung sei, dennoch als Auslegung anzuerkennen. Eichmann [11] verlangt für die Anerkennung einer authentischen Interpretation, als solcher, daß sie dem Sinne des zu erklärenden Gesetzes gemäß sei, weil sie sonst keine Auslegung, sondern eine neue Verordnung sei. Aehnlich äußern

8) diff. de jure et officio summorum imperii tribunalium circa interpretationem legum imperii. Gott. 1758. §. 23.

9) Einleitung in den bürgerl. Proceß. Th. 1. §. 19.

10) über den eigenthümlichen Geist des röm. Rechts. Th. 1. Abth. 7. S. 51.

11) Erklärungen des bürgerlichen Rechts. Th. 1. §. 32.

12) Nebenstunden. Th. 3. Abth. 13. §. 12. von Regierungs- und Justizsachen Seit. 4. §. 27.

13) Commentar B. 1. S. 216.

sich Struben[12] und Glück;[13] Letzterer bemerkt namentlich, daß darauf, ob die authentische Interpretation dem Sinne und den Worten des erklärten Gesetzes gemäß sei, oder gänzlich davon abweiche, sehr viel ankomme, wenn die Frage von der Anwendung auf vorhergegangene Handlungen entstehe. Wening-Ingenheim[14] beschränkt die Anwendung der authentischen Interpretation auf vorhergegangene Fälle durch die Worte: „so weit sie wirklich Auslegung ist."

Am ausführlichsten und gründlichsten hat der durch sein Streben für Unabhängigkeit der Rechtspflege hochverdiente, jetzt verstorbene Oberappellationsgerichtsrath Pfeiffer[15] die Frage „von den rechtlichen Gränzen der Rückanwendung interpretativer Gesetze" behandelt. Derselbe gelangt zufolgen dem Ergebnisse: „Bei jeder Auslegung müsse die entscheidende Norm schon in dem interpretirten Gesetze liegen, und nur dessen Sinn durch das interpretirende Gesetz entwickelt werden; weshalb auch die Anwendung eines wirklich interpretativen Gesetzes gar nicht als eigentliche Rückwirkung anzusehen sei. Der Richter habe demnach zu untersuchen, ob das neue Gesetz wirklich nichts enthalte, als was zur Ausmittelung des Sinnes der in dem früheren schon enthaltenen Verfügung diene. Hierbei sei besonders der Gesichtspunkt zu beobachten, daß kein erworbenes Recht verletzt werde. Wenn in der That ein dunkeles, der authentischen Interpretation bedürftiges Gesetz vorhanden sei, so verstehe es sich von selbst, daß alsdann diese Auslegung, deren Ergebniß als in dem früheren Gesetze, obwohl versteckt, schon enthalten betrachtet werden müsse, in ihrer Anwendung auf den Zeitpunkt des erklärten Gesetzes zurückgezogen werde; wenn aber keine Dunkelheit in dem älteren Gesetze zu finden sei, dasselbe vielmehr so bestimmte und unzweideutige Verfügungen enthalte, daß diese wohl geeignet wären, Rechte der ihnen gemäßhandelnden Staatsbürger zu begründen, dann könne zur Beeinträchtigung solcher wohl erworbenen Rechte

14) Lehrbuch des Civilrechts. B. 1. §. 5.

15) practische Ausführungen. B. 2. S. 385—400. woselbst auch noch die Aussprüche mehrerer anderer Schriftsteller aufgeführt werden.

einem neuen Gesetze, welches unter der Bezeichnung einer authentischen Interpretation abweichende Verfügungen enthalte, Rückwirkung auf die vorausgegangenen Verhältnisse von den Gerichten nicht zugestanden werden."

Nach der Ansicht aller derjenigen, welche für die authentische Interpretation das Erforderniß aufstellen, daß sie zu dem erklärten Gesetze in dem inneren Verhältnisse wirklicher Auslegung stehen müsse, ist der Richter nicht unbedingt an eine authentische Interpretation gebunden; er darf, mithin muß er auch, die Anwendung einer declaratorischen Bestimmung auf frühere Fälle und auf bereits anhängige Rechtsstreitigkeiten verweigern, wenn der Inhalt der neuen Bestimmung über den Sinn des erklärten Gesetzes hinausgeht. Aber unmöglich kann man dem Richter völlige Freiheit lassen, nach seiner subjectiven Ansicht eine authentische Interpretation als solche anzuerkennen und anzuwenden, oder sie wie ein neues Gesetz zu behandeln. Es soll durch die authentische Interpretation eben der Richter, wie jeder andere Unterthan, über den wahren Sinn des älteren Gesetzes belehrt werden; wie kann es denn seinem Urtheil anheimgegeben sein, dasjenige, was der Gesetzgeber als Sinn des erklärten Gesetzes verkündet, im Widerspruche mit der Erklärung des Gesetzgebers als eine neue Satzung aufzufassen und zu behandeln? Welche Gränzen sind hier dem Urtheile des Richters zu setzen?

Pfeiffer erkennt die Frage, wem es zustehe, zu beurtheilen, ob das erklärte Gesetz wirklich dunkel und der Interpretation bedürftig gewesen sei, als sehr schwierig an, und sucht dieselbe auf folgende Weise zu lösen: „Als Regel sei anzunehmen, daß der Richter das Gesetz, welches ihm von dem Gesetzgeber als ein interpretatives dargeboten werde, auch als ein solches anzunehmen und zur Anwendung zu bringen habe. Es gebe aber gewiß Fälle, in welchen die Abweichung der angeblichen Interpretation von den bisherigen gesetzlichen Bestimmungen, also das Vorhandensein eines neuen Gesetzes unter jener Form, so unzweifelhaft vorliege, daß der Richter selbiges nicht

verkennen könne, ohne mit sonstigen allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen in Widerspruch zu treten, wie es vorzüglich dann der Fall sein werde, wenn bereits gleichförmige oder in letzter Instanz erfolgte Erkenntnisse über den Sinn des früheren Gesetzes vorlägen. Daß ein seinem Inhalte noch ganz neues Gesetz bloß als Interpretation eines schon früher gegebenen äußerlich bezeichnet werde, könne unmöglich den Gerichten die Verbindlichkeit auflegen, die Gränzen der Anwendung nicht nach jener wahren Eigenschaft der neuen Verfügung, sondern lediglich nach deren äußeren Bezeichnung zu bestimmen, und dieselbe der offenbar mangelnden Identität mit dem erklärten Gesetze ungeachtet auf vergangene Fälle zurückwirken zu lassen." — Gegen die namentlich von Weber und von Bergmann aufgestellte Schlußfolgerung, daß jedes Gesetz dem Richter als formelle Wahrheit gelten müsse, und daß daher dem Richter kein Urtheil darüber einzuräumen, ob in einer authentischen Interpretation wirklich der Sinn des älteren Gesetzes enthalten sei, wird von Pfeiffer bemerkt: „Solche Gründe würden dahin führen, dem Richter auch die Untersuchung zu entziehen, ob eine landesherrliche Verfügung überhaupt ihrem Inhalte nach als Gesetz anzuerkennen sei, also daß nur die äußere Einkleidung und die Art der Bekanntmachung es wären, woran der Richter zu erkennen habe, was als Gesetz gelte, und daß die Schale das Gesetz bilden würde, ohne daß der Kern untersucht werden dürfe; eine Schlußfolge, welche mit der in Deutschland anerkannten Unabhängigkeit des Richteramtes und mit den dieselbe betreffenden Beschlüssen des Bundestages nicht in Einklang zu bringen sei."

Von dem Standpunkte derjenigen, welche ein gewisses inneres Verhältniß der neuen Verfügung zu dem älteren Gesetze, das Verhältniß wirklicher Auslegung, als wesentliche Voraussetzung für den Begriff der authentischen Interpretation und namentlich für die Rückwirkung eines als authentische Interpretation erlassenen Gesetzes erfordern, und welche in dieser Beziehung die Unabhängigkeit des Richters aufrecht erhalten wissen wollen, möchten sich etwa für die Frage, wie weit der Richter an den Inhalt einer als authenti-

sche Interpretation erlassenen Verfügung in der Anwendung derselben auf vergangene Fälle gebunden sei, folgende Grundsätze aufstellen lassen:

Eine von der Gesetzgebung als authentische Interpretation erlassene Verfügung ist nur mit der Eigenschaft unbedingter Rückwirkung anzuerkennen, so weit sie zu dem älteren Gesetze wirklich in dem Verhältnisse einer Auslegung steht, denn auf diesem Verhältnisse allein beruht ihre rückwirkende Kraft. Daher muß dem Richter ein Urtheil darüber zustehen, ob dieses Verhältniß vorhanden sei, und so weit es nicht vorhanden ist, darf er die als authentische Interpretation erlassene Verfügung nur als ein neues, nicht zurückwirkendes Gesetz behandeln und anwenden. Wenn das ältere Gesetz von Anfang an klar, keiner zwiefachen Auslegung fähig war, und wenn eine neue Bestimmung, als authentische Interpretation bezeichnet, in das ältere Gesetz etwas hineinlegt, was offenbar nicht darin enthalten war, wenn sie mithin nicht als bloße Entwickelung des schon in der älteren Bestimmung enthaltenen Gedankens sich ansehen läßt; so wie ferner wenn sich durch übereinstimmende Erkenntnisse der Gerichte, insbesondere der höheren Gerichte, eine Usualinterpretation gebildet hat, das einer Auslegung bedürftige ältere Gesetz solchergestalt klar geworden ist: so kann das als declaratorisch erlassene Gesetz nur als eine neue Satzung, also nicht mit Rückwirkung, Anwendung finden. Ist dagegen eine gesetzliche Bestimmung dunkel, bedarf die Ausmittelung ihres Sinnes einer besonderen Thätigkeit, und hat sich noch nicht durch richterliche Erkenntniß ein bestimmtes Verständniß festgestellt: so muß eine von dem Gesetzgeber gegebene Auslegung jeder anderen möglichen Auslegung vorgehen; der Richter ist an die authentische Interpretation gebunden, hat dieselbe auf frühere Fälle und in bereits anhängigen Streitsachen, namentlich auch in letzter Instanz anzuwenden, auch wenn ihm die gegebene Erklärung unrichtig

erscheint, wenn er nach seiner Ueberzeugung das ältere Gesetz anders auslegen möchte. Es steht also dem Richter kein Urtheil darüber zu, ob eine authentische Interpretation richtig oder unrichtig sei; sondern nur darüber, ob sie wirklich Auslegung ist, ob sie einen möglichen Zweifel über den Sinn eines Gesetzes aufhebt, oder vielmehr etwas völlig Neues setzt.

§. 3.

Es kann indessen ein solcher Versuch der Vermittelung zwischen der richterlichen Unabhängigkeit und der zwingenden Kraft der Gesetze nicht befriedigen, und die Unhaltbarkeit der aufgestellten Unterscheidung dürfte sich bei näherer Betrachtung klar ergeben. Ist die authentische Interpretation ein Gesetz, durch welches bestimmt wird, wie ein älteres Gesetz von Anfang an zu verstehen gewesen, und ist der Richter im Allgemeinen an ein erklärendes Gesetz, wie an die Gesetze überhaupt, gebunden: so ist es doch bedenklich, dem Richter ein Urtheil einzuräumen, ob zur Erlassung des erklärenden Gesetzes genügende Ursache gewesen, mit der Befugniß, von diesem Urtheile die Befolgung des Gesetzes abhängig zu machen. Unhaltbar ist namentlich die Unterscheidung zwischen einem dunkeln und von Anfang an klaren Gesetze. Es ist dieser Unterschied offenbar ein relativer, und daher schon wenig geeignet, eine Gränzlinie für die Befugnisse des Richters und des Gesetzgebers zu bilden; was Einem klar erscheint, kann dem Anderen dunkel, zweifelhaft sein; es ist aber überdies die Voraussetzung völlig unrichtig, daß nur ein dunkles, ein mangelhaft abgefaßtes Gesetz der Auslegung, einer besonderen auf die Ausmittelung des Gedankens gerichteten Thätigkeit, bedürfe.[16] Auch bei dem anscheinend klarsten Gesetze können in der Anwendung auf vorliegende Thatsachen Bedenken und Zweifel entstehen, welche eine besondere Entwickelung des den Worten des Gesetzes zu Grunde

---

16) Vgl. Savigny, System, B. 1.

liegenden Gedankens in seinem ganzen Umfange und in Beziehung zu anderen vorhandenen Rechtsvorschriften nöthig machen. Ebensowenig läßt es sich rechtfertigen, wegen mehrerer gleichförmiger gerichtlicher Entscheidungen, selbst der höheren Gerichte, die Wirksamkeit der authentischen Interpretation ausschließen zu wollen. Der Gesetzgeber wird möglicherweise erst durch solche wiederholte Entscheidungen zur Erlassung einer authentischen Interpretation veranlaßt werden. Freilich wird im römischen Rechte die consuetudo als optima legum interpres bezeichnet, es wird in ambiguitatibus der auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum das Ansehen eines Gesetzes zugeschrieben; aber eine eigentlich derogirende Kraft ist dem Gerichtsgebrauche, ist jedenfalls mehreren gleichförmigen gerichtlichen Entscheidungen durch das gemeine Recht nicht beigelegt. Wenn der Richter in dem anzuwendenden Gesetze keine ambiguitas findet, wenn er nach unzweifelhafter Ueberzeugung die in früheren Entscheidungen enthaltene Auffassung einer gesetzlichen Vorschrift für unrichtig halten muß: dann ist er an solche Präjudicate nicht gebunden; dann muß für ihn der Satz gelten: non exemplis, sed legibus judicandum est. Darf aber der Richter seine eigene Auslegung der durch Präjudicate gegebenen vorziehen, dann darf er der Präjudicate wegen auf keinen Fall der authentischen Interpretation die Anerkennung versagen, da die authentische Interpretation jeder doctrinellen vorgeht. — Andererseits entspricht es nicht dem Grundsatze von dem nothwendigen inneren Verhältnisse zwischen der authentischen Interpretation und dem älteren Gesetze, wenn bei einem weniger klaren Gesetze der Richter unbedingt an den Inhalt der authentischen Interpretation gebunden und durchaus nicht berechtigt sein soll, über die Richtigkeit der gegebenen Interpretation zu urtheilen. Durch eine unrichtige Deutung wird offenbar etwas Neues gesetzt, wird in das ältere Gesetz etwas hineingelegt, was nicht in demselben enthalten war. Es wird daher durch die eben vorgeschlagene Auskunft eine genügende Sicherheit gegen mißbräuchliche authentische Interpretationen, eine Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit, nicht erzielt.

Daher wird von den meisten Rechtslehrern, namentlich der neuesten Zeit, jede Beschränkung der authentischen Interpretation verworfen, und der Satz vertheidigt, daß jede Verfügung, welche der Gesetzgeber als eine erklärende angesehen wissen will, von Jedem als wirkliche und richtige Auslegung anerkannt werden müsse. Die unbedingte Zurückwirkung der authentischen Interpretation wird freilich aus ihrem Verhältnisse zu dem älteren Gesetze, daraus, daß durch sie der wahre Sinn des älteren Gesetzes offenbart werde, abgeleitet und erklärt; allein über dieses Verhältniß soll dem Richter durchaus kein Urtheil zu stehen; es genügt in dieser Beziehung der äußerlich kundgegebene Wille des Gesetzgebers; es kommt für den Begriff und die Wirksamkeit der authentischen Interpretation nur auf dieses äußere Kennzeichen, nicht auf das innere Verhältniß zu dem erklärten Gesetze an; die als authentische Interpretation erlassene Verfügung ist überall anzuwenden, wo die Voraussetzungen für die Anwendung des erklärten Gesetzes gegeben sind, ohne Unterschied, ob die neue Verfügung eine richtige oder unrichtige Auslegung, oder ob sie überhaupt Auslegung oder für Jeden klar und offenbar eine neue Satzung enthalte. Der Richter, welcher in einer als authentische Interpretation erlassenen Verfügung eine neue Satzung finden, und deshalb ganz oder in einzelnen Puncten die Rückanwendung versagen wollte, „würde sich über den Gesetzgeber stellen, also seine wahre Stellung verkennen.“[17]

Diese Ansicht, welche man wohl als die jetzt vorherrschende betrachten darf, vermeidet die Inconsequenzen, welche man der anderen Ansicht vorwerfen kann; nach ihr kann der Richter durch eine authentische Interpretation niemals in Zweifel und Gewissensunruhe gebracht werden; sie entspricht insbesondere den Bestimmungen des

17) Weber a. a. O. S. 66—68. Bergmann, Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze S. 60—66. 196—203. Kierulff a. a. O. S. 36. 37. Wächter a. a. O. S. 150—153. Fritz in Grollmann und Löhr Magazin B. 4. H. 265 u. flg. Scheurl Beiträge Th. 1. S. 138. Savigny, System B. 8. S. 513.

römischen Rechts, den von Justinian selbst aufgestellten Grundsätzen.

Dem Kaiser Justinian gebührt der Ruhm, die authentische Interpretation erfunden, oder wenigstens den Begriff und die Wirksamkeit derselben festgestellt zu haben; denn, wenn auch schon früher vorgeschrieben war, daß Zweifel über Anwendung einer neuen gesetzlichen Bestimmung dem Kaiser zur Entscheidung vorgelegt werden sollten,[18] so war man doch mit der Frage über die Wirksamkeit kaiserlicher Auslegung noch nicht im Reinen. In l. 12. C. de legibus §. 1. bemerkt Justinian, wie er in älteren Gesetzen in Zweifel gestellt finde, ob eine kaiserliche Gesetzauslegung gesetzliches Ansehen haben müsse; er erklärt diesen Zweifel für eine lächerliche Spitzfindigkeit, hält es aber doch der Mühe werth, denselben durch ausdrückliche Satzung zu beseitigen. Deshalb verordnet er, daß jede kaiserliche Auslegung, (omnis imperatoris legum interpretatio,) sei sie auf Anträge oder in gerichtlichen Streitigkeiten, (durch Rescripte oder Decrete,) oder in welcher Art und Weise sonst gegeben, also auch durch ein neues erklärendes Gesetz, als richtig und unfehlbar gelten solle. Nachdem er sich über die Nothwendigkeit und den Selbstverstand dieses Grundsatzes ausgesprochen, und namentlich hervorgehoben hat, daß nur derjenige die Dunkelheit der Gesetze aufzuhellen im Stande sei, dem allein die Befugniß zustehe, Gesetze zu geben, schließt er mit der Ankündigung, daß von nun an ein solcher lächerlicher Zweifel an der Unfehlbarkeit und Alleingültigkeit kaiserlicher Auslegung ausgerottet, und der Kaiser nicht nur als der alleinige Gesetzgeber, sondern auch als der alleinige Gesetzausleger angesehen werden solle. — Nach dieser Vorschrift, daß die kaiserliche Auslegung für unzweifelhaft richtig gelten solle, kann dem Richter, wie jedem Unterthan, keine Beurtheilung der kaiserlichen Auslegung in irgend einer Beziehung zustehen, und jeder Zweifel, ob die als Erklärung eines älteren Gesetzes erlassene Verfügung auch über den

---

18) L. 11. C. de legibus. 1. 14. — Vergl. Savigny System B. 1. S. 299 u. flg.

Sinn des erklärten Gesetzes hinausgehe und etwas Neues setze, muß ausgeschlossen sein; auch folgt aus der Unfehlbarkeit der kaiserlichen Auslegung, und daraus, daß die Auslegung der Gesetze für ein ausschließliches kaiserliches Vorrecht erklärt wurde, daß das erklärende Gesetz auf alle unter die Herrschaft des erklärten Gesetzes fallende Thatsachen anzuwenden sei. Es war mithin durch jene Vorschrift Justinians der Begriff der authentischen Interpretation, wie er bis auf den heutigen Tag von unseren Rechtslehrern mit anscheinender Vorliebe festgehalten wird, klar und deutlich gegeben.

Dennoch mußte Justinian einige Jahre später die unangenehme Erfahrung machen, daß sein Dogma von der Alleingültigkeit und Unfehlbarkeit kaiserlicher Auslegung den Juristen seines Reiches nicht genügend eingeleuchtet habe. Durch die l. 10. C. de natural. lib. (5, 27.) vom Jahre 529 hatte er die Legitimation durch nachfolgende Ehe zu einer bleibenden Rechtseinrichtung erhoben, und dieses Gesetz im folgenden Jahre durch l. 11. C. eod. erläutert und vervollständigt. Da er wahrgenommen, daß die letztere Verfügung zu beschränkt aufgefaßt worden sei; so hatte er im Jahre 535 mittelst Nov. 12. c. 4. eine authentische Interpretation erlassen. Daß dieses eine authentische Interpretation, und nichts Anderes sei, war deutlich kund gegeben; denn zunächst wird hervorgehoben, daß über die Anwendung der l. 11. cit. Zweifel entstanden wären, und der Kaiser sich veranlaßt gefunden habe, einen die Zweifel lösenden Zusatz zu machen; darauf wird die unrichtige Auffassung des Gesetzes mit Gründen widerlegt, der richtige Sinn angegeben, und am Schlusse ausdrücklich bemerkt, daß der Kaiser in dem erklärten Gesetze natürlich nichts Anderes habe sagen wollen, als was er jetzt als den Sinn des Gesetzes angegeben habe. Nach diesem klaren Ausspruche und den in l. 12. §. 1. C. de legibus aufgestellten Grundsätzen hätte es allerdings nicht zweifelhaft sein dürfen, daß die in Nov. 12. c. 4. gegebene Auslegung rückwirkende Kraft haben und auf alle unter das erklärte Gesetz fallende Thatumstände angewandt werden müsse. Und doch hatten, wie Justinian im Eingange der Nov. 19.

vom Jahre 536. angiebt, Einige einen grundlosen Zweifel gehegt, ob die Vorschrift in Nov. 12. c. 4. auch eine rückwirkende Kraft hinsichtlich aller nicht bereits durch Vergleich oder Urtheil erledigten Fälle habe; und der Kaiser fand sich veranlaßt, durch die Nov. 19. die Rückwirkung jener authentischen Interpretation ausdrücklich anzuordnen, mit dem Bemerken, wie er eine solche Anordnung in der Nov. 12. deshalb unterlassen habe, weil es Allen durchaus bekannt sei, daß dasjenige, was einem Gesetze als Erklärung hinzugefügt werde, in allen Fällen gelten müßte, auf welche das erklärte Gesetz Anwendung finde. — Der große Gesetzgeber hat sich indessen noch in späterer Zeit nicht darauf verlassen wollen, daß seine Unterthanen und richterlichen Beamten die ihnen so nachdrücklich eingeschärfte Lehre von der Rückwirkung der authentischen Interpretation genügend beherzigen würden; wenigstens findet er für gut, in einer authentischen Interpretation vom Jahre 563. (Nov. 143 und 150) ausdrücklich zu verordnen: „daß diese Erklärung nicht bloß in künftigen, sondern auch in vergangenen Fällen gelten solle, auf gleiche Weise, als wenn das Gesetz von Anfang an mit einer solchen Erklärung bekannt gemacht worden wäre.“

§. 4.

Nach dem Geiste der von Justinian aufgestellten Grundsätze über die Unfehlbarkeit und Alleinzulässigkeit kaiserlicher Auslegung wird man unmöglich dem Richter die Befugniß beilegen können, unter Umständen in einer als authentische Interpretation erlassenen Verfügung eine neue, daher nicht zurückwirkende Satzung zu finden. Ist das Gesetz, welches der Kaiser auszulegen sich veranlaßt gefunden, als an sich klar angesehen, aber in einem anderen Sinne, als in dem der authentischen Interpretation aufgefaßt worden, so dient dieses nur zum Beweise, daß man nicht fähig gewesen, in die Tiefe seines Inhalts einzudringen; ist ein verschiedener Auslegung fähiges Gesetz durch wiederholte gerichtliche Entscheidungen in einem

von der Absicht des Gesetzgebers abweichenden Sinne angewandt worden, so darf man der authentischen Interpretation die in den bisherigen Erkenntnißen enthaltene um so weniger entgegensetzen, da nicht dem Richter, sondern nur dem Kaiser die Befugniß zustehen soll, dunkele Gesetze auszulegen.

Die (namentlich von Wächter a. a. O. aufgestellte) Behauptung, daß die rückwirkende Kraft der authentischen Interpretation wegfalle, wenn der Gesetzgeber sie untersage, ist mit dem Begriffe der authentischen Interpretation und mit der Annahme, daß durch dieselbe immer nur der richtige und von Anfang an geltende Sinn des Gesetzes angegeben werde, nicht zu vereinigen. Der Gesetzgeber kann doch unmöglich wollen, daß ein Gesetz unrichtig angewandt werde. Nach den Aussprüchen Justinians müßte man in der Annahme einer authentischen Interpretation ohne rückwirkende Kraft eine contradictio in adjecto erblicken. Aus der Beschränkung einer die Anwendung eines älteren Gesetzes betreffenden Vorschrift auf zukünftige Fälle, der Ausschließung der Rückwirkung, müßte man vielmehr folgern, daß die Vorschrift nicht als authentische Interpretation, sondern als eine neue Satzung aufzufassen sei. Auch dürfte sich aus l. 23. C. mandati, 4, 35. auf welche man sich beruft, jene Ausnahme nicht rechtfertigen lassen; es dürfte nicht richtig sein, diese Constitution als eine authentische Interpretation der lex Anastasiana anzusehen.

Die authentische Interpretation enthält für den Richter, wie für alle Unterthanen, eine Belehrung über den wahren Sinn des Gesetzes, durch welche jede sonst etwa nach wissenschaftlichen Grundsätzen mögliche Auslegung ausgeschlossen und vernichtet wird, und deren Richtigkeit nicht bezweifelt, deren Anwendung auf frühere Fälle nicht verweigert werden darf, weil in solchem Zweifel und solcher Weigerung eine unzulässige Anmaaßung besseren Wissens der Unfehlbarkeit des Gesetzgebers gegenüber und eine Auflehnung gegen dessen allmächtigen Willen liegen würde, welcher dahin geht, daß das erklärte Gesetz von Anfang an in dem jetzt angegebenen

Sinne habe verstanden werden sollen. Die rückwirkende Kraft der authentischen Interpretation ist freilich zuerst von Justinian gesetzlich festgestellt worden, allein nicht als eine neue Satzung, sondern als etwas sich von selbst Verstehendes, welches auch ohne gesetzliche Bestimmung Jedem hätte einleuchten müssen.[19] Es wird daher die Rückwirkung auch anderen Verfügungen, als der in dieser Beziehung von Justinian hervorgehobenen Interpretation eines eigentlichen Gesetzes beigelegt werden müssen, wenn für solche Verfügungen dieselben Gründe zutreffen.

Auch das Gewohnheitsrecht muß einer rückwirkenden authentischen Interpretation unterliegen. Bei dem Gewohnheitsrecht ist gleichfalls eine Auslegung, als besondere von der Ermittelung des Gewohnheitsrechts getrennte Thätigkeit, denkbar; wenn auch in der Regel hier die Auslegung einfacher und anderer Art ist, als bei den geschriebenen Gesetzen, bei welchen es sich darum handelt, aus bestimmt gegebenen Worten den Gedanken des Gesetzgebers zu entwickeln. Die von dem Gesetzgeber erlassene Erklärung eines bestehenden Gewohnheitsrechts enthält, wie die authentische Interpretation eines Gesetzes, eine Belehrung für den Richter und jeden Unterthan, welche als richtig anzuerkennen ist, da man voraussetzen muß, daß der Gesetzgeber vorzugsweise fähig sei, den Inhalt und die Bedeutung eines bestehenden Gewohnheitsrechts zu ermitteln, und daß er es in seiner Weisheit auch an der erforderlichen Thätigkeit zu diesem Zwecke nicht habe fehlen lassen. Es liegt der Wille des Gesetzgebers vor, daß das Gewohnheitsrecht nur in dem jetzt angegebenen Sinne habe aufgefaßt werden und gelten dürfen, ein Wille, über welchen jedenfalls der Richter sich nicht erheben darf. Um so mehr muß auch einer das Gewohnheitsrecht betreffenden authentischen Interpretation die Eigenschaft der Rückwirkung beigelegt werden, da nach der Gesetzgebung Justinians die Verbindlichkeit des

19) — cum omnibus manifestum sit, oportere ea, quae adjecta sunt, per interpretationem in illis valere, in quibus interpretatis legibus sit locus. Nov. 19. pr.

Gewohnheitsrechts wohl lediglich auf eine Anerkennung von Seiten des Gesetzgebers gegründet werden darf.[20]

Eine gleiche Rückwirkung, wie der von dem Gesetzgeber erlassenen Erklärung eines geltenden Gesetzes oder Gewohnheitsrechts, muß auch dem Ausspruche des Gesetzgebers über die Geltung eines Gesetzes oder Gewohnheitsrechts beigelegt werden. Die rückwirkende Kraft der bestätigenden oder erneuernden Gesetze wird durchgehends von den diese Frage behandelnden Schriftstellern anerkannt.[21] Wenn der Gesetzgeber erklärt, daß ein älteres Gesetz fortwährend gegolten habe und noch immer gelte, wenn er einen Satz als bisher geltendes Gewohnheitsrecht anerkennt: so ist damit das frühere Dasein und die bisherige Geltung der bestätigten Satzungen für den Richter, wie für alle Unterthanen, in unzweifelhafte Gewißheit gesetzt. Durch diese Lehre ist zugleich ein glückliches Heilmittel gegen die manchen Rechtsgelehrten zum Anstoße gereichenden derogatorischen Gewohnheiten gewonnen; der Gesetzgeber kann zu jeder Zeit das der desuetudo verfallene Gesetz als ein solches bestätigen, welches immerfort gegolten habe; kann auf diese Weise die desuetudo rückwärts vernichten. — Dasselbe muß aus gleichem Grunde von verwerfenden Gesetzen gelten. Wenn der Gesetzgeber erklärt, daß es einem gewissen älteren Erlasse der Gesetzge-

---

20) Ist auch von dem Standpunkte der Rechtsphilosophie und nach deutscher Rechtsanschauung die verbindende Kraft des Gewohnheitsrechts nicht in einer Anerkennung von Seiten der Staatsgewalt zu suchen; mag auch römischen Juristen ein höherer Grund für die Geltung des Gewohnheitsrechts vorgeschwebt haben, und selbst der Ausspruch in l. 32. §. 1. D. de legibus nicht in dem Sinne zu verstehen sein, daß die Verbindlichkeit des Gewohnheitsrechts in der dem Volke zustehenden gesetzgebenden Gewalt zu suchen sei: so dürfte doch die Gesetzgebung Justinians schwerlich eine andere Ansicht rechtfertigen, als daß das Gewohnheitsrecht vermöge kaiserlicher Zulassung gelte. l. 3. C. quae sit longa consuetudo. Nov. 106 u. 110. — Vgl. Glück Comment. B. 1. S. 437. Braun Erörterungen §. 19. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 15. Kierulff a. a. O. S. 13. Göschen, Vorlesungen B. 1. §. 23.

21) Weber, a. a. O. S. 54—60. Bergmann, a. a. O. S. 64. 65. Savigny, System B. 8. S. 513.

bung an den nothwendigen inneren oder äußeren Erfordernissen eines Gesetzes fehle; daß eine Satzung, welche man als recipirtes Recht angesehen, in der That niemals recipirt worden sei; oder daß es für einen Satz, welcher als ein gewohnheitsrechtlicher angesehen worden, an den Voraussetzungen einer verbindlichen Rechtsgewohnheit fehle: so liegt in allen diesen Fällen eine Belehrung über das, was bisher Rechtens gewesen, vor; die entgegenstehende Ansicht wird zum Rechtsirrthum gestempelt, und zwar mittelst einer Autorität, gegen welche kein Zweifel zulässig ist. — Die unbedingte Rückwirkung solcher bestätigender und verwerfender Gesetze muß auf gleiche Weise, wie die der authentischen Interpretation anerkannt werden, und ein Richter, welcher in Widerspruch mit der in dem bestätigenden oder verwerfenden Gesetze enthaltenen Belehrung annehmen würde, daß bis zu dem nunmehr erfolgten Ausspruche des Gesetzgebers der bestätigte Satz nicht gegolten habe, der verworfene geltendes Recht gewesen sei, würde sich über den Gesetzgeber stellen und seine wahre Stellung verkennen. Es kommt bei allen Gesetzen dieser Art nur darauf an, daß der Wille des Gesetzgebers in Beziehung auf die frühere Geltung oder Nichtgeltung genügend erkennbar sei, nicht auf die Richtigkeit der von dem Gesetzgeber dargelegten Ansicht; die Richtigkeit unterliegt keiner menschlichen Prüfung.

Einige Schriftsteller gehen noch weiter. Auch Gesetze, welche weder eine ältere Rechtsquelle auslegen, noch die Geltung derselben bestätigen oder verwerfen, sondern zum erstenmale einen Rechtssatz kraft gesetzgeberischer Machtvollkommenheit feststellen, sollen unter Umständen unbedingt rückwirkende Kraft haben. Es soll dieses der Fall sein, wenn der Gesetzgeber eine bisherige Streitfrage aus der Natur der Sache oder nach Rechtsanalogie, also von wissenschaftlichem Standpunkte, nicht aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit, entscheidet. Aber es bedarf nicht einmal einer vorgängigen Streitfrage; überall wo bei einem neuen Gesetze die Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet, nicht einen neuen Rechtssatz zu gründen, sondern nur eine sich von selbst ergebende Rechtsregel in Worte zu fassen, dasjenige festzusetzen, was auch ohne Gesetz Rechtens sein müßte, ist die neue

Verfügung einer authentischen Interpretation gleichzustellen und ihr unbedingte rückwirkende Kraft beizulegen.[22] Natürlich ist auch hier für die rückwirkende Kraft nicht in Frage zu ziehen, ob nicht in der That etwas Neues gegeben sei, ob es möglich gewesen, die jetzt festgestellte Rechtsregel aus dem früher bereits Gegebenen zu entwickeln; es genügt, daß nach den Aeußerungen des Gesetzgebers die festgestellte Rechtsregel nur als eine Entwickelung des früher bestehenden Rechts angesehen werden soll.

Von diesem Standpunkte aus würde man leicht, wenn man noch einen Schritt weiter geht, zu der Annahme gelangen können daß jedem Gesetze, wenigstens jedem Dispositivgesetze, in der Regel, im Zweifel, rückwirkende Kraft beizulegen sei. Es läßt sich für das Privatrecht als Regel annehmen, daß der Gesetzgeber nur das in den Verhältnissen gegebene, nach richterlicher Auffassung sich von selbst verstehende, das bereits im Volke lebende Recht habe feststellen wollen; und es würde demnach jedem Gesetze, sofern nicht erhellt, daß der Gesetzgeber durch selbiges das bestehende Recht habe abändern wollen, rückwirkende Kraft beizulegen sein. Der Aufstellung einer solchen Regel steht aber l. 7. C. de legibus entgegen, und man wird dabei stehen bleiben müssen, daß die rückwirkende Kraft eines Gesetzes nicht zu vermuthen sei.

§. 5.

Die Befugniß, erklärende Gesetze zu erlassen, steht nach Justinians Gesetzgebung dem Kaiser, und ihm allein, zu. Unsere Lehrbücher pflegen diese Befugniß dem „Gesetzgeber" oder der „Gesetzgebung" zuzusprechen. Nach der Gestaltung und Verfassung der deutschen Staaten ist die Frage, wem diese Befugniß zustehe, nicht ohne Schwierigkeit.

Wenn die Gesetzgebung nicht allein in den Händen des Staats-

22) Bergmann a. a. O. S. 177. Weber a. a. O. S. 194—199. 210. Bornemann, Erörterungen im Gebiete des Preußischen Rechts. B. 1. S. 3. Dagegen Savigny, System B. 8. S. 509.

oberhaupts liegt, sondern es für selbige einer Mitwirkung der Stände Kammern ꝛc. ꝛc. bedarf, aber durch die Verfassung über eine Mitwirkung der Stände ꝛc. ꝛc. bei Erlassung authentischer Interpretationen nichts bestimmt ist, so kann es als eine zweifelhafte Frage angesehen werden, ob schon eine von dem Staatsoberhaupte einseitig erlassene authentische Interpretation vollgültig sei. Nach den Grundsätzen des deutschen Staatsrechts soll die gesammte Staatsgewalt in dem Oberhaupte des Staats vereinigt blieben, Letzteres nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die Mitwirkung der Stände oder Kammern gebunden sein. Das Staatsoberhaupt sanctionirt und erläßt die Gesetze in seinem alleinigen Namen, durch den Ausspruch des Staatsoberhaupts gelangt erst das Gesetz, als solches, als für die Unterthanen verbindliche Norm, ins Dasein. Das Staatsoberhaupt ist es, welches durch das Gesetz befiehlt und anordnet, der Inhalt des Gesetzes tritt als sein Gedanke hervor. Sollte nun der Regent, welcher in eigenem Namen die Gesetze erläßt, für die Verkündung derselben sorgt, ihre Aufrechthaltung und Befolgung zu überwachen hat, nicht befugt sein, wenn er entdeckt, daß sein Ausspruch unrichtig aufgefaßt wird, oder wenigstens über den Sinn desselben Zweifel entstehen, durch eine nachfolgende Erklärung einer verkehrten Auslegung und Anwendung des Gesetzes vorzubeugen? Eine solche Befugniß des Regenten wird bekanntlich von einzelnen Schriftstellern eifrig vertheidigt. Andererseits erscheint es doch sehr bedenklich, eine solche einseitige Befugniß des Staatsoberhauptes anzuerkennen, weil es nämlich für die Gültigkeit und Wirksamkeit der authentischen Interpretation auf das innere Verhältniß desselben zum erklärten Gesetze nicht ankommt, mithin der Weg der authentischen Interpretation leicht zur Umgehung des Erfordernisses ständischer Mitwirkung bei Erlassung neuer Gesetze benutzt, auf diesem Wege ein mit Zustimmung der Stände erlassenes Gesetz von dem Regenten einseitig abgeändert, etwas in dasselbe hineingelegt werden könnte, zu welchem die Stände ihre Zustimmung nicht ertheilt haben würden.

In neueren Staatsgrundgesetzen ist regelmäßig ausdrücklich be-

stimmt, daß auch eine authentische Interpretation vorhandener Gesetze nur nach vorgängiger Zustimmung der Stände solle erlassen werden können. Allein von angesehenen Rechtslehrern wird der Satz vertheidigt, daß jede von dem Regenten getroffene Anordnung, jedes von ihm erlassene Gesetz, ohne Rücksicht auf die Verfassung für den Richter verbindlich sei. „Wenn auch das Staatsgrundgesetz ausdrücklich bestimmt, daß kein Gesetz ohne ständische Zustimmung gegeben, aufgehoben oder abgeändert werden könne:" so soll doch der Richter weder einem einseitig von dem Landesherrn erlassenen Gesetze den Gehorsam verweigern, noch ein Gesetz, welches der Landesherrr für aufgehoben erklärt, anwenden dürfen. Dem Richter soll auf keinen Fall die Befugniß zustehen, zu prüfen, ob eine von der höchsten Staatsgewalt erlassene Anordnung verfassungsmäßig, verbindlich sei.[23] Jedenfalls muß, wie behauptet wird, eine solche Anordnung vorläufig als rechtsverbindlich gelten, bis zum Zusammentritt der Kammern, bis den Ständen Gelegenheit gegeben worden, sich über selbige auszusprechen. Dieses müßte natürlich auch auf authentische Interpretationen Anwendung finden; der Richter müßte eine von dem Landesherrn in Widerspruch mit der Verfassung einseitig erlassene authentische Interpretation als vollgültig, als den wahren Sinn des erklärten Gesetzes enthaltend ansehen und zur Ausführung bringen. Wird hinterher von den Kammern Einspruch erhoben oder die Zurücknahme der authentischen Interpretation bewirkt: dann ändert sich die Sache; dann hat das erklärte Ge-

---

23) Wenn unter den für diese Ansicht mit großem Scharfsinn aufgestellten Gründen auch namentlich angeführt wird daß nicht dem Richter, sondern den Ständen zustehe und obliege, die Aufrechthaltung der Verfassung zu überwachen; so dürfte dieser Gesichtspunct jedenfalls unzutreffend sein; der Richter hat in den an ihn gelangenden Sachen nach seiner Ueberzeugung zu erforschen und auszusprechen, was Recht sei. Das Staatsgrundgesetz bestimmt, daß ohne Zustimmung der Stände kein Gesetz gültig erlassen werden könne; der Richter, welcher durch seinen Richtereid gelobt hat, nach den Gesetzen, also auch nach dem Staatsgrundgesetze, und seiner Ueberzeugung Recht zu sprechen, und sich nicht durch Macht und Ansehen bestimmen zu lassen, soll demnach eine nach dem Staatsgrundgesetz ungültige Anordnung für ein gültiges Gesetz erklären!

setz den Sinn, welchen die authentische Interpretation hineinlegte, nicht gehabt.

Es ist in deutschen Staaten häufig ein Theil der Gesetzgebung für untergeordnete Verwaltungszweige einzelnen Behörden überlassen; z. B. die Befugniß, Regulative und gewisse polizeiliche Anordnungen zu erlassen. Die von solchen Behörden innerhalb ihrer Amtsbefugnisse erlassenen Anordnungen haben die Natur der Gesetze; ihr Inhalt ist als Recht anzuerkennen; sie können in Verbindung mit den Thatsachen, auf welche sie Anwendung finden, die Erzeugung von Rechten und Verbindlichkeiten bewirken; der Richter hat, so weit es bei einer Rechtsfrage auf solche Anordnungen ankommt, ihren Inhalt als bestehendes Recht zur Anwendung zu bringen. Dasselbe gilt von den Satzungen und Beschlüssen der Gemeinden, Innungen und anderer Genossenschaften, so weit denselben eine Autonomie zusteht. Steht nun den zur Erlassung allgemeiner Anordnungen berechtigten Beamten, den Autonomie übenden Genossenschaften auf gleiche Weise wie der gesetzgebenden Staatsgewalt das Recht zu, innerhalb ihres Wirkungskreises authentische Interpretationen mit der Wirksamkeit zu erlassen, daß dieselben bis zum Anfangspunct der Geltung der erklärten Norm zurückzuziehen sind, und daß jeder Richter die Interpretation als die richtige anerkennen muß, wenn er sie auch noch so sehr dem wahren Sinn der älteren Satzung widersprechend findet? oder steht auch hier der Staatsgewalt die authentische Interpretation zu? oder findet dieselbe gar keine Anwendung? Ist für die Rückwirkung der authentischen Interpretation der Ausspruch Justinians, Quis legum aenigmata solvere et omnibus aperire idoneus esse videbitur, nisi is, cui soli legislatorem esse concessum est? der entscheidende: so muß auch den Beamten und Genossenschaften die authentische Interpretation zustehen, nicht aber dem Regenten, da Letzterer nicht wissen kann, welchen Sinn der niedriger stehende Gesetzgeber mit seinen Worten verbunden hat; wozu noch kommt, daß es der Autonomie widersprechen würde, wenn von der Staatsgewalt in autonomische Bestimmungen jeder beliebige Sinn hineingelegt werden könnte. Grün-

det sich aber die authentische Interpretation darauf, das es nichts Höheres und Heiligeres giebt, als die kaiserliche Majestät, daß es ein thörichter und lächerlicher Hochmuth sei, der Meinung des Herrschers die Anerkennung zu versagen und die Richtigkeit einer von ihm ausgehenden Belehrung zu bezweifeln: so kann auch bei Anordnungen der gedachten Art nur der höchsten Staatsgewalt, nicht den Beamten und Genossenschaften, das Recht der authentischen Interpretation zustehen. Kann eine authentische Interpretation nur von demjenigen erlassen werden, in welchem beide von Justinian hervorgehobene Eigenschaften zusammentreffen, die höchste Macht im Staate und die Befugniß der Gesetzgebung: so würde auf solche Satzungen eine authentische Interpretation mit rückwirkender Kraft überhaupt keine Anwendung finden.

Es könnte, namentlich wenn man dem Staatsoberhaupte die Befugniß zusprechen wollte, die von Genossenschaften oder Beamten ausgegangenen Satzungen authentisch zu interpretiren, noch die Frage aufgeworfen werden, ob nicht auch die testamentarische Anordnung eines Verstorbenen Gegenstand einer authentischen Interpretation werden könne. Daß die römischen Kaiser nicht selten auf Anfragen die Testamente und Codicille Verstorbener ausgelegt haben, kann bei unserer heutigen Rechtsverfassung wohl nicht in Betracht kommen, andererseits wird aber auch die Vorschrift in l. 7. Cod. de fideicommissis, daß die Frage nach dem Willen des Verstorbenen der richterlichen Beurtheilung angehöre, der Anerkennung einer authentischen Interpretation letztwilliger Anordnungen nicht entgegenstehen. Abgesehen von der ursprünglichen römischen Auffassung des Testamentes, als eines speciellen Gesetzes, und von dem beibehaltenen Sprachgebrauche, den Inhalt der Testamente als lex zu bezeichnen, (z. B. Nov. 22. c. 2.) so ist doch auch jetzt noch eine gewisse Analogie zwischen Gesetz und Testament nicht zu verkennen. Am meisten tritt diese hervor bei immerwährenden Vermächtnissen, insbesondere bei Stiftungen zum allgemeinen Besten, und bei solchen Einrichtungen würde die Stiftungsurkunde gar leicht zu einer authentischen Interpretation Veranlassung geben können. — Es ist

übrigens der Fall vorgekommen, daß ein Justizministerium im Namen des Landesherrn auf Anfrage eines Betheiligten das Testament eines Verstorbenen authentisch interpretirt hat, und zwar dahin, daß die den Worten nach nur auf Geschwisterkinder lautende Erbeseinsetzung nach dem anzunehmenden Willen des Erblassers auch auf Kinder verstorbener Geschwisterkinder zu beziehen sei.

§. 6.

Die rückwirkende Kraft jeder von dem Staatsoberhaupte oder der gesetzgebenden Gewalt ausgehenden Belehrung über das geltende Recht, namentlich der authentischen Interpretation im eigentlichen Sinne, der bestätigenden und verwerfenden Gesetze, muß (vom Staatsrechte abgesehen) auf gleiche Weise in dem Strafrecht, dem Processe und dem bürgerlichen Rechte Anwendung finden, und ohne Unterschied, ob die authentische Auslegung beschränkender oder ausdehnender Art ist, ob sie, was namentlich des Strafrecht betrifft, mildernd oder schärfend erscheint. Die Bestimmung in l. 12. C. d. legibus lautet ganz allgemein, und läßt keine Beschränkung in Beziehung auf das Strafrecht zu. Daß ein Strafgesetz, welches nach allen Grundsätzen der Auslegung milder gedeutet werden konnte, und bisher in einem milderen Sinne gedeutet worden ist, in Folge einer authentischen Interpretation in einem härteren Sinne auf einen vorliegenden Fall angewendet werde, kann von dem Standpunkte des römischen Rechts um so weniger einem Bedenken unterliegen, da den römischen Kaisern zustand, auch in anhängigen Streitsachen einzuschreiten, die von dem Richter erkannte Strafe zu schärfen, wegen der Bestrafung eines vorliegenden Verbrechens eine lex specialis oder ein privilegium odiosum zu erlassen.[24]

Die rückwirkende Kraft der authentischen Interpretation, der bestätigenden und verwerfenden Gesetze steht offenbar mit der Rechts-

24) Vgl. Kleinschrod, Grundsätze des peinl. Rechts §. 113. 121. Hencke, Handbuch des Criminalrechts Thl. 1. §. 85. Marezoll Criminalrecht §. 42.

sicherheit nicht im Einklange. Jeder Erwerb von Rechten ist von zweifelhafter Gültigkeit, denn ein neues Gesetz kann erklären, daß der vermeintlich rechtliche Erwerb von jeher rechtswidrig gewesen sei. Selbst Vergleich und Erkenntniß gewähren keine genügende Sicherheit; durch authentische Interpretation, durch bestätigende oder verwerfende Gesetze können vernichtende Mängel an den Tag kommen, an welche vorher Niemand hat denken können. Namentlich kann ein Erkenntniß, für welches die Voraussetzungen der Rechtskraft vorliegen, als nichtig aufgehoben werden, wenn durch eine authentische Interpretation, durch Bestätigung älterer längst außer Gebrauch gekommener Gesetze oder durch Verwerfung eines bisher unzweifelhaften Herkommens, ein Mangel in der Person des Richters, (Inhabilität, Incompetenz,) oder in den streitenden Theilen, (mangelnde Befugniß zur Rechtsverfolgung,) oder in den wesentlichen Bestandtheilen des Verfahrens hervorgerufen wird. Wo noch die peinliche Gerichtsordnung gilt, können für einen vorliegenden Fall die längst außer Gebrauch gekommenen Todesstrafen des Säckens, Pfählens, Räderns, es kann die Schärfung durch Zwicken mit glühenden Zangen, es können für Verbrechen, welche nach dem geltenden Gebrauche nur zeitweilige Freiheitsberaubung nach sich ziehen, die Todesstrafen, es kann vielleicht in einzelnen Territorien die Tortur hergestellt werden. Die Gesetze gegen Zauberei, die vielen Luxusgesetze des sechszehnten und des siebenzehnten Jahrhunderts, Kleiderpracht, das Tragen von Perlen, Ringen und goldenen Ketten, Aufwand bei Hochzeiten und Begräbnissen betreffend, welche meistens sogleich nach ihrem Erscheinen der Nichtbefolgung anheim gefallen sind, veraltete Polizeigesetze aller Art, können aus der Vergessenheit zum Behufe der Anwendung auf frühere Fälle ins Leben gerufen werden. Ueberhaupt kann Niemand sicher sein, daß er nicht ein strafbares Vergehen sich habe zu Schulden kommen lassen, denn was bisher nach anscheinend klarer gesetzlicher Bestimmung nicht bloß als gesetzmäßige Handlung, sondern als Erfüllung einer staatsbürgerlichen Pflicht galt, kann mittelst authentischer Interpretation zu strafbarer Widersetzlichkeit, Aufruhr, Hochverrath, was bisher als

erlaubtes Festhalten des Besitzes erschien, zu gewaltthätiger Selbsthülfe gestempelt werden, und zwar mit der Wirkung, daß der gewissenhafteste Richter anerkennen und aussprechen muß, es sei diese Handlung von jeher nach den bestehenden Gesetzen ein Verbrechen gewesen.

Wie mit der Rechtssicherheit und der in der deutschen Rechtsanschauung gegebenen Unverletzlichkeit erworbener Rechte, tritt die authentische Interpretation gleichfalls in einen offenbaren Widerspruch mit dem Grundsatze von der Unabhängigkeit des Richteramtes, einem Grundsatze, dessen Gültigkeit in deutschen Landen keines Beweises bedarf.[25] Von Einigen wird noch immer gelehrt, daß der Richter, wenn ihm eine gesetzliche Bestimmung völlig dunkel, und er der Anwendung aller wissenschaftlichen Hülfsmittel ungeachtet nicht im Stande sei, den dunkeln Sinn derselben zu entwirren, sich an die Gesetzgebung mit der Bitte um Erklärung zu wenden habe. Bei solcher Veranlassung einer authentischen Interpretation würde freilich die richterliche Unabhängigkeit weniger gefährdet sein, obgleich die Gesetzgebung möglicherweise auf Anfrage des Richters eine Erklärung von solchem Inhalte erlassen könnte, daß der Richter sich sagen müßte, alles Uebrige, nur nicht Dieses könne in dem erklärten Gesetze enthalten gewesen sein. Aber die authentische Interpretation soll auch ohne Anfrage von Seiten der Gerichte, soll im Widerspruche mit dem, was die Gerichte des Landes bisher als Sinn des Gesetzes angenommen haben, erlassen werden können. Der Gesetzgeber kann sich gerade durch Besorgniß, daß in einem bereits anhängigen Falle gegen seine Wünsche entschieden werden möge, oder durch eine ihm mißfällige bereits rechtskräftige Entscheidung zu einer authentischen Interpretation veranlaßt finden, kann selbige zu dem Zwecke erlassen, damit die unabhängige gerichtliche Entscheidung verhindert oder hinterher vernichtet werde.

---

25) Dieser Grundsatz ist bekanntlich schon in den Reichsgesetzen, älteren Verfassungsgesetzen, Landtagsabschieden, Gerichtsordnungen u. s. w. zu stark ausgeprägt, als daß derselbe als eine Erfindung von Rousseau oder Montesquieu verdächtigt werden könnte.

In einem Lande, in welchem ein privilegirtes gesetzliches Pfandrecht des Fiscus in dem Vermögen seiner Beamten anerkannt ist, wird durch eine neue Hypothekenordnung vorgeschrieben, daß die in die Hypothekenbücher eingetragenen Pfandrechte allen nicht eingetragenen gesetzlichen und bedungenen Pfandrechten vorgehen sollen. Gleichwohl wird in der Folge von dem Fiscus wiederholt in Concursen darauf angetragen, daß jenes gesetzliche Pfandrecht des Fiscus den in die Hypothekenbücher eingetragenen vorzuziehen sei, jedoch ohne Erfolg; durch gleichförmige gerichtliche Erkenntnisse wird der Anspruch des Fiscus auf einen Vorzug vor den Hypothekenbuchsgläubigern verworfen. Im Vertrauen auf den unbedingten Vorgang der eingetragenen Hypotheken wird daher allgemein auch auf die Grundstücke der Fiscalbeamten nach Maaßgabe des Pfandwerths Geld dargeliehen. Nun tritt ein Concurs ein, in welchem bei Festhaltung der bisher von den Gerichten befolgten Ansicht eine bedeutende Forderung des Fiscus dem Verluste ausgesetzt sein, und deshalb den Verwaltern des Fiscus eine schwere Verantwortlichkeit erwachsen würde. Der Fiscus macht wiederum auf Vorzug vor den Hypothekenbuchsgläubigern Anspruch, und während Anhängigkeit der Sache in letzter Instanz erfolgt eine authentische Interpretation des Inhalts, daß es ungeachtet der allgemeinen Fassung der Bestimmung über den Vorzug der in die Hypothekenbücher eingetragenen Pfandrechte nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen habe, diesen Vorzug auch für das Zusammentreffen mit dem bevorzugten Pfandrechte des Fiscus anzuordnen, dieses Pfandrecht vielmehr nach wie vor allen Pfandrechten der Privatpersonen vorgehen müssen. Wenn das Gericht, welches sonst nach klarster Ueberzeugung den Vorgang der Hypothekenbuchsgläubiger anerkannt haben würde, jetzt der authentischen Interpretation gemäß sprechen muß: so tritt an die Stelle der unabhängigen Rechtspflege eine Entscheidung durch das Cabinet in eigener Sache, und es werden Rechte verletzt, welche als erworbene betrachtet werden durften.

Fälle, in welchen auf ähnliche Weise die authentische Interpretation angewandt worden, um einer dem Cabinet oder begünstigten

Personen unangenehmen richterlichen Entscheidung vorzubeugen, möchten sich in manchen deutschen Ländern nachweisen lassen. „Es bedarf" wie neulich von einem Schriftsteller[26] bemerkt worden, „keiner tiefen Forschung in der Geschichte der Gesetzgebung, um zu lernen, daß gerade die exorbitantesten Ausnahmebestimmungen fast immer in dem Gewande einer authentischen Interpretation ins Leben getreten sind, und hierin ihre Rechtfertigung gesucht haben." Kein noch so eifriger Vertheidiger der unbedingten rückwirkenden Kraft authentischer Interpretationen wird läugnen, daß mit dieser Art der Gesetzgebung ein großer Mißbrauch getrieben werden könne, und daß ein solcher Mißbrauch auch schon oft getrieben worden sei. Der häufigste Mißbrauch möchte bisher im fiscalischen Interesse vorgekommen sein, jedenfalls in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten;[27] es scheint,

26) L. Pfeiffer in der Zeitschrift für deutsches Recht. B. 13. S. 51.

27) Ein solcher Mißbrauch hat vor wenigen Jahren in Holstein unter dem Ministerium des Grafen Reventlow-Criminil (des Ersten, der die Stelle eines Ministers für Holstein bekleidete, und welcher sich über den bisher festgehaltenen Grundsatz von der Unabhängigkeit der Gerichte hinwegsetzte,) Statt gefunden. Durch eine nach Berathung mit den Ständen erlassene Verordnung vom 9. Juli 1840 für die Herzogthümer Schleswig und Holstein war vorgeschrieben, daß alle „auf privatrechtlichen Verpflichtungsgründen" beruhenden Ansprüche gegen die Rentekammer und andere Verwaltungsbehörden durch gerichtliche Klage geltend gemacht werden dürfen. Ein Beamter, welchem durch besondere Vereinbarung auf den Fall seiner Entlassung eine Pension zugesichert worden war, erhob nach seiner Entlassung eine Klage gegen den Fiscus auf Anerkennung seiner Pensionsberechtigung. Als die Frage, ob eine solche Klage zulässig sei, in letzter Instanz zur Entscheidung stand, erschien plötzlich (ohne Berathung mit den Ständen) eine „authentische Interpretation" des Inhalts: daß alle etwaigen Ansprüche eines noch im Dienste stehenden oder entlassenen Beamten auf seinen Gehalt oder etwasonstige Dienstemolumente oder auf Pension, Wartgeld u. s. w. und zwar ohne Unterschied, ob diese Ansprüche sich etwa lediglich auf seine Bestallung oder zugleich auf eine ihm in anderer Weise ertheilte Zusicherung stützen mögen, nicht als auf einem privatrechtlichen Verpflichtungsgrunde beruhend anzusehen, und daher ohne Bewilligung des Ministeriums nicht durch gerichtliche Klage geltend gemacht werden könnten. — Dieser Erlaß verdient kaum den Namen einer auth. Interpretation; die Verordnung wird nicht erklärt, sondern es wird willkürlich allen mit dem Amte in Verbindung stehenden Ansprüchen der Beamten die Klagbarkeit abgesprochen.

daß die Brauchbarkeit der authentischen Interpretation in Straffachen nicht genügend erkannt worden ist. Bei starken Parteiungen im Staate, nach großen Bewegungen, mögen dieselben zum Siege der Bewegungspartei oder zur Unterdrückung derselben und zu Reaction geführt haben, ließe sich die authentische Interpretation vortrefflich in Anwendung bringen, den Strafgesetzen, welche der siegenden Partei gewöhnlich zu eng, zu schwach und zu milde erscheinen, einen größeren Umfang und eine bisher nicht gekannte Strenge und Schärfe zu verleihen. Durch eine zweckmäßige authentische Interpretation können vor langer Zeit begangene Handlungen, welche bisher für erlaubt oder straflos gegolten, zu Verbrechen gestempelt, und wenn nur keine Verjährung entgegensteht, einer Strafe unterworfen werden. Insbesondere kann nach einer gewaltsamen Verfassungsveränderung die gesetzgebende Gewalt, mag sie ganz oder theilweise einer demokratischen oder aristokatischen Versammlung zustehen, oder an Einen oder Wenige gelangt sein, sich der authentischen Interpretation bedienen, um an denjenigen, welche das Bestehende vertheidigt haben, Rache zu nehmen, sich ihrer durch Tod, Einsperrung oder Verbannung zu entledigen. Mag auch bisher kein Beispiel vorliegen, daß man die authentische Interpretation benutzt habe, damit eine Strafbestimmung auf einen Fall angewandt werde, auf welchen sie nach richtiger Auslegung keine Anwendung findet: so liegt doch die Möglichkeit eines solchen Mißbrauchs vor, und es ist einer siegreichen politischen Partei ein bequemes Mittel für Befriedigung von Strafgelüsten geboten, wenn in der Wissenschaft feststeht, daß der Richter jede authentische Interpretation blindlings befolgen muß, daß durch dieselbe rückwärts etwas zu Recht gemacht werden kann, was bisher es nicht war.

Der Mißbrauch der authentischen Interpretation zur Kränkung erworbener Rechte, zur Verletzung der Rechtssicherheit und der richterlichen Unabhängigkeit kann dadurch nicht gehindert werden, daß dem Volke durch seine Abgeordneten eine Theilnahme an der Gesetzgebung zusteht. Abgesehen von der oben berührten Frage, ob nicht auch in denjenigen Staaten, in welchen verfassungsmäßig die Zu=

stimmung der Kammern zu einem declaratorischen Gesetze erforderlich ist, gleichwohl eine ohne Zustimmung der Kammern von dem Staatsoberhaupte erlassene authentische Interpretation für den Richter verbindlich sei, und angenommen, daß nur eine mit solcher Zustimmung erlassene Interpretation für den Richter, wie für die übrigen Unterthanen, Geltung haben könne: so ist damit die Rechtssicherheit so wenig als die Unabhängigkeit der Gerichte gerettet. In gesetzgebenden Versammlungen herrscht, wie die Neuzeit hinreichend gezeigt hat, nicht immer die größte Scheu vor der Verletzung erworbener Rechte; es macht sich in denselben, und zwar um so mehr, je breiter die Basis ist, auf welcher sie beruhen, je mehr sie dem Grundsatze der Volkssouverainität huldigen, häufig eine Neigung zu Uebergriffen, eine Nichtachtung des Bestehenden und Hergebrachten, eine Geringschätzung des Rechtsbegriffes, eine Ueberschätzung ihrer Befugnisse geltend. Dazu kommt, daß in einer Versammlung von Abgeordneten, welche nach ihrer Zusammensetzung trefflich geeignet ist, die materiellen Bedürfnisse der Gegenwart darzulegen und über die Mittel ihrer Befriedigung zu berathen, die Mehrheit der Mitglieder zu einer Auslegung bestehender Gesetze nicht vorzugsweise befähigt ist. Durfte doch dem englischen Parlament gesagt werden: „vom Rechte versteht ihr nichts, und was ist gefährlicher, als wenn eine Körperschaft, die nichs davon versteht, doch über Rechtsfragen entscheiden will?"[28] Es kann eben so leicht die Mehrheit einer Kammer einer authentischen Interpretation, welche in Wahrheit eine neue Satzung enthält, ihre Zustimmung ertheilen, als ein Regent sich zur Erlassung einer solchen bewogen finden kann; ja man möchte glauben, daß die willkührlichsten declaratorischen Gesetze leichter ins Dasein treten könnten, wenn die Verantwortlichkeit für selbige einer nicht verantwortlichen Menge zugeschoben werden kann.

Man kann allerdings darauf hinweisen, daß die Benutzung der authentischen Interpretation zu dem Zwecke, neuen Satzungen eine der Rechtssicherheit zuwiderlaufende Rückwirkung zu verschaffen, im

28) Thibaut, Archiv für civ. Pr. B. 21. S. 398.

Ganzen doch nur selten vorkomme; daß jede Gewalt im Staate die Möglichkeit eines Mißbrauchs in sich trage, und daß es ein nicht zu lösendes Problem sei, im Staatsleben jeden Mißbrauch auszuschließen.[29] Man wird in Beziehung auf den möglichen Mißbrauch der authentischen Interpretation nach starken politischen Bewegungen entgegnen können, daß eine obsiegende politische Partei überhaupt schon Mittel zu finden wissen werde, ihrem Willen Geltung zu verschaffen, wenn nicht in der Form des Rechts, so doch in der Form der Gewalt. Allein es ist in sittlicher Hinsicht nicht einerlei, ob die unrechte Gewalt als solche auftreten muß, oder den Schein des Rechts zu gewinnen vermag. Es handelt sich hier aber überhaupt nicht um eine politische Frage, nicht darum, Mittel zu finden, durch welche dem Mißbrauche der Staatsgewalt vorgebeugt werden könne, sondern darum, was Recht sei. Gewalt und Recht stehen im Gegensatze zu einander, und was im Widerspruche mit dem Rechte lediglich durch Gewalt zu Stande gebracht werden kann, darf von der Wissenschaft nicht als Recht anerkannt werden. Ob ein Mißbrauch der authentischen Interpretation leicht zu befürchten und in welchem Umfange, ob es gegen solchen Mißbrauch ein außerhalb der Rechtspflege liegendes Mittel gebe, ist für den Zweck unserer Untersuchung ohne Erheblichkeit. Sache der Rechtswissenschaft aber ist es, den Widerspruch, in welchem die authentische Interpretation bei unbedingter Rückwirkung mit dem Grundsatze der richterlichen Unabhängigkeit tritt, zu lösen; und sie darf sich dieser Aufgabe nicht durch Berufung auf die Seltenheit des Falles, auf die Unmöglichkeit, jeden Mißbrauch auszuschließen, entziehen.

Wenn eine authentische Interpretation ganz unverkennbar eine neue, aus dem erklärten Gesetze nicht zu entnehmende Satzung enthält, welche in ihrer Rückwirkung zur Vernichtung erworbener Rechte führen würde, welche sich offenbar als auf Verhinderung gerechter

29) Schlayer in der Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß B. 10. H. 2. S. 261.

Entscheidung in einer bereits anhängigen Rechtssache berechnet darstellt: muß dann der Richter dieselbe als wahre Auslegung eines älteren Gesetzes anerkennen, muß er, was ihm als klares Unrecht erscheint, als Recht in seiner Entscheidung aussprechen? Nach der gangbaren Lehre von der authentischen Interpretation bliebe auch dem gewissenhaftesten Richter nichts anderes übrig. Es würde dieses aber nicht nur zum Widerspruche mit der Unabhängigkeit des Richteramtes, sondern mit der Wahrheit überhaupt führen. Nach den allgemein anerkannten Grundsätzen von der Unzulässigkeit der Kabinetsjustiz ist ein von dem Staatsoberhaupte an den Richter erlassener Befehl, in einer anhängigen Sache so oder so zu entscheiden, ungültig; der Richter hat diesem Befehle keinen Gehorsam zu leisten, sondern nach seiner Ueberzeugung zu entscheiden; oder er hat, wie Einige wollen, jedenfalls Gegenvorstellungen zu machen, und der erlassene Machtspruch, mag er von dem sich fügenden Richter oder durch wen sonst verkündet werden, kann nicht als richterliches Erkenntniß gelten, nicht in Rechtskraft treten, wird hinterher, sobald der Zwang aufhört, als nichtig angefochten und aufgehoben werden können. Wenn aber die Kabinetsjustiz statt des geraden Weges einen Umweg wählt, wenn statt des Befehls an den Richter der Machtspruch in das Gewand einer authentischen Interpretation gekleidet wird: so wäre Alles in Ordnung. Die mittelst einer willkührlichen auf den einzelnen Fall berechneten authentischen Interpretation herbeigeführte Entscheidung würde in Rechtskraft treten, unabänderlich sein; die Rechtsordnung, der Rechtsgang wären nicht im Geringsten gestört oder verletzt. Der Unterschied wäre also der, daß eine und dieselbe auf eine Rechtswidrigkeit abzielende gewaltthätige Einmischung der höchsten Staatsgewalt in die Rechtspflege, wenn dabei offen zu Werke gegangen wird, Unrecht, wenn sie eine falsche Gestalt annimmt, Recht ist; daß die Wahrheit das Unrecht, die Lüge das Recht bildet.

§. 7.

Ist nun auch nach römischem Rechte die unbedingte Rückwirkung der authentischen Interpretation, so wie der bestätigenden und verwerfenden Gesetze gegeben: so würde doch, so weit die Rückwirkung mit den deutschen Grundsätzen von der Unverletzlichkeit erworbener Rechte und von der richterlichen Unabhängigkeit in Widerspruch tritt, das römische Recht diesen Grundsätzen weichen müssen. Es muß aber überhaupt in Betreff der authentischen Interpretation die Geltung des römischen Rechts verneint werden; aus dem einfachen Grunde, weil es sich hier um eine staatsrechtliche Frage handelt; wie auch Savigny[30] aus diesem Grunde ganz allgemein die Aussprüche des römischen Rechts über die Rechtsquellen als unanwendbar, nicht recipirt bezeichnet. Dazu kommt noch, daß nicht nur Justinian in seinen die authentische Interpretation betreffenden Aussprüchen sich auf das römische Staatsrecht, auf die Majestät und Unfehlbarkeit des römischen Kaisers, beruft und auf die diesem allein und ungetheilt zustehende gesetzgebende Gewalt, sondern daß auch die von ihm aufgestellten Grundsätze im nahen Zusammenhange mit Einrichtungen des römischen Staates stehen, welche unserem Staatsleben fremd sind, und mit anderen von ihm erlassenen Vorschriften, deren Geltung für Deutschland zu behaupten, auch dem eifrigsten Verehrer des römischen Rechts nicht einfallen wird, mit der Einrichtung, daß der Kaiser sich fortwährend mit der Entscheidung der unmittelbar an ihn gebrachten Rechtsstreitigkeiten und der Beantwortung der von Privatpersonen und Beamten ihm vorgelegten Rechtsfragen beschäftigte, und mit den Vorschriften, nach welchen Gesetzauslegung ein Vorrecht des Kaisers, jedem Andern untersagt, die Abfassung von Commentaren über die Gesetzsammlungen als Betrug strafbar, jedes Werk dieser Art der Vernichtung Preis gegeben, der mit der Anwendung des Rechts Beschäftigte jeder wissenschaftlichen Hülfe, mit alleiniger Ausnahme dürftiger Paratitla, beraubt sein sollte.

---

30) System, B. 1. S. 162—166.

Die ganze Lehre von der authentischen Interpretation und von der Rückwirkung derselben insbesondre, wäre also, soweit sie auf römischem Rechte beruht, leicht beseitigt. Nun wird aber, während ältere Schriftsteller sich meistens auf das römische Recht, als geltende Rechtsquelle berufen, von den angesehensten Rechtslehrern unserer Zeit für die erklärenden Gesetze eine gleiche Wirksamkeit, wie die von Justinian ihnen beigelegte, aus der Natur dieser Gesetze, der Allgewalt des Gesetzgebers u. s. w. abgeleitet. Schwerlich würde man dahin gelangt sein, wenn nicht diese Lehre mit dem römischen Rechte uns überliefert wäre. Es ist aber eine schon häufig gemachte Erfahrung, daß unsere Rechtsgelehrten, ungeachtet der Bestrebungen, die Herrschaft des römischen Rechts auf engere Gränzen zurückzuführen, auch da, wo sie unabhängig von dem römischen Recht sich zu bewegen glauben, nicht selten mehr oder weniger unter dem Einflusse desselben stehen.

Die authentische Interpretation wird bezeichnet als Auslegung eines älteren Gesetzes mittelst eines neuen. Als Gesetz, Wille des Gesetzgebers hat sie Allgemeingültigkeit, als Auslegung wirkt sie bis zum Anfangspunkte des erklärten Gesetzes zurück. Wie aber, wenn das als authentische Interpretation erlassene Gesetz in der That nicht Auslegung ist, sondern etwas Neues setzt? Hier treten uns die zu Anfang dieses Aufsatzes hervorgehobenen beiden in ihren Resultaten sich widersprechenden Folgerungen entgegen. Die Eine: Weil die Rückwirkung nur darin liegt, daß das ältere Gesetz in seinem ursprünglichen, jetzt offenbar gewordenen wahren Sinne angewandt wird, so kann ein als erklärend erlassenes Gesetz, welches und so weit es etwas Anderes enthält, als Entwickelung des in dem älteren Gesetze enthaltenen Gedankens, keine rückwirkende Kraft haben. Die Andere: Weil die authentische Interpretation, als Wille des Gesetzgebers, allgemein gültig ist und jede andere Auslegung ausschließt, muß sie, mag sie den wissenschaftlichen Grundsätzen der Auslegung noch so wenig entsprechen, als richtige Erklärung anerkannt, ihr unbedingt rückwirkende Kraft beigelegt werden.

Beide Schlußfolgerungen haben offenbar gleiche logische Bündigkeit, mithin muß in demjenigen, von welchem sie ausgehen, ein Widerspruch enthalten sein. Dieser Widerspruch liegt in der Annahme einer Auslegung durch Gesetz, darin, daß Gesetzgebung und Gesetzauslegung, obgleich ganz verschiedenartige, einander gegenüberstehende Thätigkeiten zu einem Begriffe verschmolzen werden.

Das Gesetz, der ausgesprochene Wille der Staatsgewalt zur Begründung von Rechtssätzen, trägt immer den Charakter einer Allgemeinheit an sich, stellt eine Regel fest, welche auf eine Menge möglicher Thatsachen Anwendung finden soll. Dem Gesetze muß, wenn dasselbe wirksam werden soll, von Seiten derjenigen her, welche demselben unterworfen sind, eine Aufnahme ins Bewußtsein entgegen kommen, welche sich in der Anwendung auf vorkommende Fälle bethätigt. Die Anwendung des Gesetzes geschieht nicht nur von Seiten der Obrigkeiten und Richter, so weit in unmittelbarer oder mittelbarer Folge des Gesetzes ihre amtliche Thätigkeit hervorgerufen wird; sondern in einem ungleich größeren Umfange von Seiten aller Unterthanen, so weit das Gesetz sie angeht, indem sie ihre Handlungen positiv oder negativ dem Gesetze gemäß einrichten, und ihre Lebensverhältnisse nach demselben ordnen. Zur Anwendung des Gesetzes wird außer dem Wissen der Gesetzesformel noch erfordert, daß die Beziehbarkeit des Gesetzes auf die einzelnen Verhältnisse und Thatsachen erkannt werde, und es muß daher jeder Anwendung des Gesetzes eine geistige Thätigkeit vorausgehen, eine Ermittelung und Zerlegung des dem Gesetze innewohnenden Gedankens in Beziehung auf den einzelnen Fall, auf welchen es zur Anwendung kommen soll. Dieses ist eben die Auslegung des Gesetzes; ohne selbige, mag sie noch so leicht und einfach sein, mag sich der Handelnde ihrer, als einer besonderen geistigen Thätigkeit, gar nicht bewußt werden, ist eine Anwendung des Gesetzes nicht möglich. Jeder Unterthan, dessen Handlungen und Lebensverhältniße von dem Gesetze berührt werden, ist daher, so gut wie der Richter, zur Auslegung des Gesetzes genöthigt und berechtigt. Wenn die Auslegung eines Gesetzes

ohne Rücksicht auf einen vorliegenden Fall zum Gegenstande wissenschaftlicher Thätigkeit auf Lehrstühlen und in Schriften gemacht wird: so geschieht dieses nur, damit der Auslegung von Seiten der Unterthanen und Richter bei Anwendung auf vorkommende Fälle vorgearbeitet, für die Anwendung ein Hülfsmittel dargeboten werde; diese Auslegung unterscheidet sich von der bei Anwendung im einzelnen Falle vorkommenden nur durch Form und Umfang; die geistige Thätigkeit ist ihrem Wesen nach dieselbe.

Die Auslegung der Gesetze ist somit eine von der Anwendung derselben untrennbare Thätigkeit derer, welche dem Gesetze unterworfen sind, und, wie die Anwendung überhaupt, nicht Sache der Gesetzgebung. Eine von dieser Thätigkeit ganz verschiedene ist die nachträgliche Erklärung eines Gesetzes von Seiten der gesetzgebenden Gewalt. Es findet hier derselbe Gegensatz Statt, wie bei einer gehörten Rede zwischen der Auffassung derselben von Seiten der Zuhörer und einer späteren Erläuterung, Berichtigung, Verbesserung der gebrauchten Ausdrücke von Seiten des Redenden. Die Auslegung eines Gesetzes von Seiten derjenigen, welche dasselbe als etwas von höherer Hand Gegebenes aufzunehmen und anzuwenden haben, und eine Erklärung von Seiten der gesetzgebenden Gewalt sollten daher nicht als neben einander bestehende Arten einer und derselben Thätigkeit dargestellt werden.[31]

Wenn die gesetzgebende Gewalt bemerkt, daß ein Gesetz bei der Anwendung in einem anderen Sinne aufgefaßt werde, als in welchem sie dasselbe verstanden wissen will, oder wenn sie eine solche Auffassung befürchtet, einsieht, daß sie sich undeutlich oder unrichtig ausgedrückt habe: so kann sie, um eine ihrer Absicht entsprechende Auffassung des Gesetzes zu bewirken, zwei verschiedene Wege betreten, den der bloßen Belehrung, oder den einer gesetzlichen Vorschrift, eines Gebotes, daß das ältere Gesetz in dem von ihr jetzt angegebenen Sinne verstanden werden solle.

Würde die gesetzgebende Gewalt den Weg bloßer Belehrung

31) Vgl. Savigny a. a. O. S. 210.

wählen, sei es nun, daß sie unter Angabe von Gründen nachzuweisen sucht, wie das erklärte Gesetz nur in dem jetzt angegebenen Sinne erlassen sein könne, (ein Verfahren, dessen sich Justinian in Nov. 12. c. 4. bedient hat,) oder daß sie als eine geschichtliche Thatsache hinstellt, welcher Gedanke dem Gesetze zu Grunde gelegen: so wendet sie sich an das Erkenntnißvermögen der Unterthanen, sucht eine Ueberzeugung derselben hervorzurufen. Eine Ueberzeugung kann aber nicht erzwungen werden, weil sie nicht von dem Willen abhängt; und so groß immer das Ansehen einer von der Gesetzgebung ausgehenden Belehrung sein kann, so ist selbige doch noch immer kein Gesetz; es ist, weil nur auf das Erkenntnißvermögen, nicht auf den Willen gewirkt wird, die Möglichkeit gegeben, daß die Belehrung keinen Eingang finde; es ist die Freiheit einer Prüfung, mithin auch einer anderen Auslegung des Gesetzes und einer Anwendung desselben in einem anderen Sinne nicht ausgeschlossen, so lange lediglich eine Belehrung vorliegt.

Es ist aber nicht Sache der Gesetzgebung, Lehren zu ertheilen, deren Annahme von der freien Ueberzeugung der Unterthanen abhinge, und daher wird die Gesetzgebung regelmäßig einen anderen Weg wählen; sie wird durch ein neues Gesetz vorschreiben, daß das ältere nur in einem gewissen Sinn verstanden, oder richtiger, (weil sich das Verstehen nicht erzwingen, daher vernünftigerweise nicht befehlen läßt,) angewandt werden solle. Ein solches Gesetz unterscheidet sich in keiner Beziehung von jedem anderen Gesetze, als lediglich durch den Gegenstand; es ist eine Norm, nicht für das Erkennen, sondern für das Handeln, ein neuer Ausdruck des gesetzgeberischen Willens, eine für die Unterthanen verbindliche Satzung, nicht weil der in ihr dargelegte Gedanke sich nach der Theorie der Sprache und des empirischen Denkens als schon in dem älteren Gesetze gegeben nachweisen läßt, sondern weil die Gesetzgebung will, daß das ältere Gesetz in dem neu angegebenen Sinne angewendet werden soll. Wenn die neue Vorschrift nicht rein inhaltslos und überflüssig ist, wenn durch sie wirklich etwas näher bestimmt wird: so enthält sie immer eine neue positive Satzung;

der durch sie festgestellte Rechtssatz tritt in seiner jetzigen Gestalt, in seiner jetzigen Bestimmtheit, erst durch das neue Gesetz ins Leben und in das Bewußtsein der Unterthanen; er beschränkt die Unterthanen in der Auffassung und Anwendung des früheren Gesetzes, er enthält formell und materiell ein neues Verbot oder Gebot, bildet eine neue Rechtsquelle. Ein solches Gesetz kann so wenig, wie Gesetze anderen Inhalts, vor seiner Entstehung schon Wirkung, kann keinen Einfluß auf Erwerb oder Verlust von Rechten gehabt haben; es ist daher kein Grund vorhanden, demselben rückwirkende Kraft beizulegen.

Es könnte aber auch der Gesetzgeber beide Wege, den der Belehrung und den eines Gesetzes in einem und demselben Ausspruche mit einander verbinden, und eine solche Verbindung ist es gerade, welche man im Hinblicke auf die Bestimmungen Justinians bei dem Ausdrucke „authentische Interpretation" sich denkt. Der Gesetzgeber will allerdings, daß die durch den neuen Ausspruch gegebene Norm als Gesetz gelte, will sie aber als in einem älteren Gesetze enthalten betrachtet wissen, und ertheilt daher die Belehrung, daß das ältere Gesetz in dem durch das neue angegebenen Sinne erlassen sei. Wie eng nun hier Belehrung und Gesetz verbunden sein mögen, so enthalten sie doch immer zwei verschiedenartige Thätigkeiten. So weit eine Belehrung vorliegt, soll auf das Erkennen eingewirkt, eine Ueberzeugung hervorgerufen werden, und dabei ist ein Zwang physisch wie rechtlich unmöglich. Das Gesetz andrerseits kann dadurch keine größere Wirksamkeit erlangen daß es mit einer Belehrung verbunden ist. Ob der Gesetzgeber bei Feststellung eines Rechtssatzes davon ausgeht, daß dieser Satz schon früher gegeben gewesen, ist an und für sich unerheblich, denn nicht die Veranlassung, nicht der Beweggrund, nicht die theoretische Ansicht des Gesetzgebers, sondern der ausgesprochene Wille, ist es, welcher die Kraft des Gesetz begründet.

Demnach liegt in der Natur der erklärenden Gesetze kein Grund dieselben ihrer Wirksamkeit von anderen Gesetzen auszuscheiden, ihnen eine unbedingte oder auch nur bedingte Rückwirkung beizu-

legen;[32] es ist vielmehr die ganze bisher gangbare Lehre von der authentischen Interpretation nach gemeinem Rechte als eine haltlose zu verwerfen.

§. 8.

Diese Verwerfung soll im Nachfolgenden noch näher gerechtfertigt und gegen etwaige Einwürfe vertheidigt werden.

Abgesehen zunächst von dem Willen des Gesetzgebers bei der Erlassung einer authentischen Interpretation und der Macht seines Wollens, und lediglich den Gesichtspunkt einer Belehrung festgehalten, könnte man die Behauptung aufstellen wollen, daß die von Seiten der Gesetzgebung ertheilte Auskunft über den Sinn eines früheren Gesetzes für den Richter, wie für jeden Unterthan, als unzweifelhaft richtig gelten müsse. Wie man im Allgemeinen anerkennt, daß jeder der beste Ausleger seiner eigenen Worte ist, so müßte dieses auch von dem Gesetzgeber gelten. Wie jede Auslegung sich zum Ziele setzt, den in dem Gesetze ausgedrückten Gedanken des Gesetzgebers zu ermitteln: so müßte jede anderweitige etwa ungleiche Auslegung wegfallen, sobald der Gesetzgeber selbst den Gedanken näher angiebt. Unmöglich würde doch ein Anderer, und sei es der größte Sprach- und Rechtskenner, besser wissen können, was der Gesetzgeber hat sagen wollen, als eben dieser selbst. Solchergestalt läßt sich allerdings scheinbar der Schluß

32) Dieses ist nur von wenigen Rechtslehrern angedeutet oder ausgesprochen, aber bisher nicht ausführlicher vertheidigt worden. Aus der neuesten Literatur mag hervorgehoben werden folgende Bemerkung von Bluhme, Encyclopädie (1854) Abth. 1. §. 67. „Der authentischen Interpretation pflegt man wohl eine rückwirkende Kraft beizulegen, was selbst noch bedenklich bleibt, wenn sie die Gränzen eigentlicher Auslegung nicht überschreitet, d. h. wenn sie wirklich nur dasjenige feststellt, was sich auch auf wissenschaftlichem Wege wenigstens als möglicher Sinn des erläuterten Gesetzes ermitteln ließ. Es ist aber so ganz selten nicht, daß die angebliche gesetzliche Erläuterung vielmehr eine wahre Abänderung der älteren Rechtsnorm enthält: und in diesem Falle würde es mit der rückwirkenden Kraft eben so zu halten sein, wie bei jedem ganz neuen Rechte."

begründen, daß die von dem Gesetzgeber ertheilte Belehrung Jeden überzeugen, und daß der von ihm angegebene Sinn als der von Anfang an allein richtige anerkannt werden müsse.

Die Möglichkeit, daß ein Gesetzgeber aus politischen Beweggründen dazu kommen könnte, hinterher wider besseres Wissen einen anderen Sinn des Gesetzes anzugeben, als den, in welchem es erlassen worden, kann hier völlig außer Acht gelassen werden. Die Berufung darauf, daß Niemand besser wissen könne, was Einer habe sagen wollen, als eben der Redende selbst, daß Jeder der beste Ausleger seiner eigenen Worte sei, ist in Beziehung auf die Gesetzgebung völlig unzutreffend.

Allerdings tritt in dem auf eigentlichen Gesetzen beruhenden Recht der Wille und die Macht des Gesetzgebers als das entscheidende Moment der Rechtsbildung hervor; aber der Wille des Gesetzgebers *allein* kann noch kein Recht schaffen, ist noch keine Rechtsquelle; zur Rechtsbildung wird jedenfalls erfordert, daß der Wille ausgesprochen, verkündet, in das Bewußtsein des Volkes aufgenommen sei. Den wahren Inhalt des geltenden Gesetzes bildet also nicht der innere, verborgene Gedanke des Gesetzgebers, sondern sein in *Worten dargelegter und vom Volke vernommener Wille.* Schon daraus würde folgen, daß nur der Gedanke, welcher nach der Sprech- und Denkweise des Volkes in dem Gesetze gefunden werden kann, als Gesetzesrecht ins Leben tritt, nicht aber ein davon abweichender innerer Gedanke des Gesetzgebers, welcher durch das Gesetz nicht zur Kunde des Volkes gekommen ist; und daß, wenn hinterher der Gesetzgeber durch ein neues Gesetz den in dem älteren Gesetze nicht gefundenen Gedanken bestimmter ausspricht und die Anwendung des älteren Gesetzes in diesem Sinne befiehlt, dieses nur eine Abänderung des bis dahin geltenden Gesetzesrechts, nicht aber die Wirkung hervor bringen kann, daß das ältere Gesetz in dem Sinne, in welchem es vor Erlassung des neuen Gesetzes aufgefaßt worden, gar nicht geltend gewesen sei. Man kann aber noch einen Schritt weiter gehen. Alles Recht setzt eine gemeinsame Ueberzeugung voraus; und auch bei jedem einzelnen Gesetz darf man

nicht die gesetzgebende Staatsgewalt als den alleinigen Factor des durch das Gesetz festgestellten Rechtssatzes ansehen, es ist jedesmal eine Aufnahme des Gesetzes von Seiten derjenigen erforderlich, welche dem Gesetze unterworfen sein sollen; ohne solche Aufnahme würde das Gesetz ein todter Buchstabe bleiben, nicht als ein geltendes in Leben treten. Zur wirklichen Geltung genügt nicht, daß das Gesetz verfassungsmäßig erlassen und verkündet werde; es muß dem Ausspruche der Staatsgewalt auch die Ueberzeugung der Unterthanen von der Verbindlichkeit der aufgestellten Norm entgegen kommen. Diese Ueberzeugung wird bei einem gesunden Staatsleben, und wenn nicht der Inhalt des Gesetzes mit dem im Volke lebenden Rechtsgefühle in geraden Widerspruch tritt oder das Gebiet des Rechts überschreitet, regelmäßig vorhanden sein. Es ist keineswegs erforderlich, daß der Inhalt des Gesetzes allgemeinen Beifall finde; die Herrschaft des Gesetzes wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß sein Inhalt von Vielen gemißbilligt wird, wenn nur das Bewußtsein bleibt, daß man demselben, als dem Ausspruche der höchsten Gewalt, gehorchen müsse. Bei krankhaften inneren Zuständen aber, oder wenn der Inhalt des Gesetzes gegen die herrschenden Grundbegriffe vom Rechte verstößt, die Gränzen des Rechtsgebietes überschreitet, kann ein von der verfassungsmäßig berechtigten Gewalt erlassenes Gesetz ohne Geltung bleiben, sofort von dem Bewußtsein des Volkes zurückgewiesen und abgestoßen werden, von dem Augenblick der Bekanntmachung an der aufhebenden Gewohnheit verfallen sein. In den meisten Ländern werden sich Gesetze nachweisen lassen, welche niemals zu eigentlicher Geltung gelangt sind, namentlich scheint dieses mit manchen Luxusgesetzen früherer Jahrhunderte der Fall gewesen zu sein. Ein Beispiel der neuesten Zeit bieten die deutschen Grundrechte dar, von welchen manche Bestimmungen, wenigstens in einzelnen Ländern, obwohl von der Regierung als Gesetz verkündet, sich wegen ihres Widerspruchs mit dem Volksbewußtsein doch nicht zum lebendigen Rechte gestalten konnten, ein todter Buchstabe blieben. Ist zur Rechtsbildung der Ausspruch der Gesetzgebung nicht ausreichend, ist außerdem eine nicht bloß leidende

Mitwirkung von Seiten derjenigen erforderlich, deren Verhältnisse durch das Gesetz geregelt werden sollen: so muß es natürlich auch auf die Rechtsbildung von Einfluß sein, in welchem Sinne das Volk den Ausspruch der Gesetzgebung aufnimmt. Nur so weit das verkündete Gesetz in das Volksbewußtsein aufgenommen wird, tritt dasselbe ins Leben und gestaltet sich zum geltenden Rechte. Daher suchen wir auch bei Auslegung eines Gesetzes nicht die rein subjective Meinung derjenigen physischen Person zu ermitteln, deren Thätigkeit das Gesetz seine Wortfassung verdankt, sei es des Regenten, seines Ministers oder eines Ministerialraths, sondern wir nehmen das Gesetz als etwas objectiv Gegebenes, entwickeln den in selbigem enthaltenen Gedanken nach allgemeinen Regeln der Sprache und des Denkens, ohne nach der besonderen Sprech- und Denkweise irgend eines einzelnen Individiums zu fragen. Den Sinn anzugeben, in welchem ein erlassenes Gesetz in das Bewußtsein des Volks übergegangen ist, dazu kann offenbar der Gesetzgeber nicht vorzugsweise befähigt sein.

Indessen wenn man auch lediglich den Willen des Gesetzgebers als Inhalt des Gesetzes ansieht: so fehlt es doch an einer genügenden Gewährleistung, daß in einer späteren Erklärung des Gesetzes der dem älteren Gesetze zu Grunde liegende Gedanke des Gesetzgebers richtig wiedergegeben werde.

Zunächst wird man gegen die Unfehlbarkeit der authentischen Interpretation gegründeten Zweifel hegen dürfen, wenn sie ein vor längerer Zeit und von einem Vorgänger in der Regierung erlassenes Gesetz betrifft. Nach der herschenden Theorie findet in dieser Beziehung keine Beschränkung Statt; auch die vor Jahrhunderten erlassenen Gesetze können Gegenstand der authentischen Interpretation sein. Wenn der Gesetzgeber ein nicht von ihm selbst erlassenes Gesetz erklärt, so ist, da er keine unmittelbare Kunde von dem Gedanken haben kann, welcher dem Gesetze zu Grunde gelegen, seine Thätigkeit gerade die der wissenschaftlichen Auslegung; und es ist doch wohl keine Grund anzunehmen, daß zu sol-

cher Auslegung ein Regent oder sein Minister im höhren Grade befähigt sei, als ein akademischer Lehrer oder ein Richtercollegium.

Es darf aber sogar bestritten werden, daß der Gesetzgeber vorzugsweise befähigt sei, den Gedanken, welchen er in einem früher *von ihm selbst* erlassenen Gesetze hat aussprechen wollen, mittelst einer authentischen Interpretation in seiner Reinheit wieder anzugeben. Wo es sich nicht um eine Reform der Gesetzgebung im Großen, sondern um Erlassung einzelner Gesetze handelt, da wird der Gesetzgeber regelmäßig durch Wahrnehmung eines besonderen Mangels und Bedürfnisses zu seiner Thätigkeit veranlaßt; er will durch das Gesetz eine *Veränderung in den factischen Zuständen* hervorbringen, hat ein gewisses *Ziel* vor Augen, für dessen Erreichung das Gesetz als *Mittel* dienen soll. Wenn nun durch das Gesetz dieses Ziel nicht erreicht wird: so kann die Ursache darin liegen, daß das Gesetz von denjenigen, welche es anwenden sollen, unrichtig aufgefaßt wird; sie kann aber auch darin liegen, daß das Gesetz in seinem wahren Sinn kein *ausreichendes Mittel* ist. Auf dem Standpunkte des Gesetzgebers wird es kaum möglich sein, diese beiden verschiedenartigen Ursachen gehörig auseinander zu halten, weil eben seine Absicht und sein Augenmerk vorzugsweise auf das zu erreichende Ziel gerichtet sind, und er nicht wie der Richter und jeder Unterthan, in dem Gesetze etwas von höherer Hand Gegebenes ansieht, über dessen Bereich nicht hinausgegangen werden darf. In der Lehre von der wissenschaftlichen Auslegung wird davor gewarnt, dem inneren Werthe des Resultats ein zu großes Gewicht einzuräumen, damit der Ausleger nicht die Gränze seines Gebiets überschreite und in das des Gesetzgebers hinübergreife; dem Gesetzgeber, welcher bemerkt, daß ein von ihm gegebenes Gesetz die beabsichtigte Wirkung nicht hervorbringe, wird bei der Erlassung einer authentischen Interpretation jene Gränze schwerlich mit genügender Bestimmtheit ins Bewußtsein treten. Aus demselben Grunde, aus welchem man die Sonderung der richterlichen Gewalt von der gesetzgebenden als ein nothwendiges Erforderniß einer wohlgeordneten Rechtspflege aufstellt, weil man von dem Ge-

setzgeber eine unbefangene Anwendung der von ihm selbst gegebenen Gesetze nicht erwarten darf, kann man den Gesetzgeber nicht als einen unbefangenen Ausleger der Gesetze ansehen.

Darf man keineswegs den Gesetzgeber als den besten Ausleger der Gesetze ansehen, selbstwenn man sich unter dem Gesetzgeber einen Regenten vorstellt, welcher unabhängig von Anderen nach eigener Ueberlegung und Entschließung das Gesetz abgefaßt hat: so muß die Annahme, daß durch eine authentische Interpretation immer der richtige ursprüngliche Sinn des Gesetzes wiedergegeben werde, völlig hinfallen, wenn man erwägt, daß heutigen Tages die Gesetze nicht auf die Art und Weise gemacht werden, wie man sich die gesetzgeberische Thätigkeit eines Solon und Lykurg zu denken pflegt, sondern durch die zusammenwirkende Thätigkeit verschiedener Personen.

Wenn in einer Monarchie dem Regenten die Gesetzgebung ungetheilt ohne Zustimmung und Beirath der Stände zusteht, so ist es offenbar lediglich der Wille des Regenten, auf welchen es ankommt. Mag dieser an Willenskraft, geistiger Fähigkeit und Kenntnissen noch so ausgezeichnet sein, so wird er doch unmöglich so tief in den Gedanken aller von seinen Ministern oder deren Hülfsbeamten abgefaßten Gesetze eindringen können, daß er bei entstehendem Zweifel immer mit Sicherheit den Sinn angeben könnte, in welchem jede einzelne Bestimmung erlassen, jeder einzelne Ausdruck gebraucht worden ist; er wird, wenn er auch im Allgemeinen die Erlassung eines Gesetzes für nothwendig oder zweckmäßig erkannt hat, sich hinsichtlich der Fassung des Gesetzes auf die Fähigkeit und Einsichten seines Staatsrathes, seiner Minister und der diesen untergeordneten Beamten verlassen müssen. Da es aber, was den wahren Sinn einer gesetzlichen Bestimmung betrifft, nicht darauf ankommt, was bei Abfassung und Prüfung des Gesetzentwurfes der Referent eines Regierungscollegiums, ein Ministerialrath, ein Minister, einzelne Mitglieder des Staatsrathes sich gedacht haben, sondern auf den Gedanken des wahren und alleinigen Gesetzgebers, des Regenten, bei Genehmigung und Unterzeichnung des Gesetzes: so liegt zu

Tage, daß in den allermeisten Fällen eine authentische Angabe dieses Gedankens gar nicht zu erlangen ist.

Steht die Gesetzgebung nicht einem einzelnen Individuum, sondern einer Mehrheit von Personen zu, einem Senat, oder dem Regenten in Verbindung mit einem gleichberechtigten Parlamente, und kommen die Gesetze, wie die nachfolgenden Erklärungen durch Mehrheitsbeschlüsse zu Stande, so ist vollends kein Grund vorhanden, und es würde der Wirklichkeit ganz und gar widersprechen, anzunehmen, daß durch jede spätere authentische Interpretation der ursprüngliche Sinn des erklärten Gesetzes richtig angegeben wäre; da von den Mitgliedern der für das Gesetz stimmenden Mehrheit der Eine diesen, ein Anderer jenen Gedanken möglicherweise hat aussprechen wollen, und da die bei der später erlassenen authentischen Interpretation betheiligte vielleicht aus ganz anderen Individuen bestehende Mehrheit unmöglich von den Gedanken der einzelnen Mitglieder jener Mehrheit vollkommene Kunde haben kann. Die in neueren Verfassungen gewöhnlich vorkommende Bestimmung, daß zu einer authentischen Interpretation (auch der älteren ohne Mitwirkung von Kammern erlassenen Gesetze) die Mitwirkung der Kammern erforderlich sei, schließt die Annahme aus, daß die authentische Interpretation ihrer inneren Wahrheit wegen gelte, und daß auf sie der Satz „Quilibet optimus verborum suorum interpres“ Anwendung finde.

Zu welchen Widersprüchen es führen kann, wenn man davon ausgeht, daß der Richter in der authentischen Interpretation immer eine richtige Angabe des dem älteren Gesetze zu Grunde liegenden Gedankens finden müsse, tritt namentlich auch hervor, wenn man sich den Fall denkt, daß in Beziehung auf eine in mehreren Staaten geltende Rechtsquelle in einem einzelnen Staate eine authentische Interpretation erlassen wird. Es wird wohl Niemand behaupten, daß eine von der französischen Gesetzgebung erlassene authentische Interpretation einer Stelle des Code Napoleon für den Richter eines deutschen Staates, in welchem der Code gilt, verbindlich sei. Wenn in einer der drei Hansestädte eine Stelle des hanseatischen Seerechts

authentisch interpretirt würde: so müßte in allen von dieser Stadt an das Oberappellationsgericht zu Lübeck gelangenden Sachen die authentische Interpretation als Gesetz zur Anwendung kommen; in Sachen aus den anderen Städten würde aber das Oberappellationsgericht in der Auslegung der in Betracht kommenden Stelle nicht gebunden sein, und man würde dem Gerichte, wenn es nach seiner Ueberzeugung in Sachen der anderen Städte die Gesetzstelle anders auslegen müßte, doch wohl nicht zumuthen, in Sachen jener Stadt anzuerkennen und auszusprechen, daß der durch die authentische Interpretation festgestellte Gedanke auch der ursprünglich dem Gesetz zu Grunde liegende sei.

Bei der Art und Weise, wie in unserer Zeit Gesetze und spätere Erklärungen derselben zu Stande kommen, wird die gesetzgebende Gewalt, wo es sich um die Erklärung eines älteren Gesetzes handelt, in der Regel völlig unvermögend sein, den ursprünglichen Sinn des Gesetzes als eine geschichtliche Thatsache anzugeben; sie wird sich bei ihrer Erklärung entweder durch den Hinblick auf ein zu erreichendes Ziel, durch Zweckmäßigkeitsgründe, leiten lassen, oder ihre Thätigkeit wird die der doctrinellen Auslegung sein. Es ist daher in der Regel nicht anzunehmen, daß sie den einem älteren Gesetze inwohnenden Gedanken besser zu ermitteln und anzugeben im Stande sei, als die Richter, namentlich als die höheren Gerichte, welchen man bei der durch ihre Stellung gegebenen Unbefangenheit und der täglichen Uebung der Gesetzauslegung in dieser Thätigkeit eine größere Fertigkeit zutrauen darf. Demnach sollte man nicht mehr den Satz aufstellen, daß der Richter wie jeder Unterthan, in der authentischen Interpretation eine unfehlbar richtige Auslegung des Gesetzes erblicken müsse, da die innere Unwahrheit dieses Satzes zu Tage liegt, da das Zeugniß der Geschichte, eine Erwägung der menschlichen Natur des Gesetzgebers und ein Hinblick auf unsere heutigen Staatseinrichtungen demselben so sehr widersprechen, daß kein vernünftiger Mensch ihm Glauben beimessen wird. Wenn Justinian einmal gesagt hat, daß nur derjenige die Gesetze zu erklären im Stande sei, welchem die Befugniß zustehe, Gesetze zu geben, und daß Niemand sich eines

lächerlichen Zweifels an der Unfehlbarkeit kaiserlicher Auslegung schuldig machen dürfe: so berechtigt dieses nicht die Rechtswissenschaft, eine Lehre, welche, zumal bei der Gestaltung unseres jetzigen Staatswesens und der Bildungsstufe des deutschen Richterstandes, dem gesunden Menschenverstande als eine Ungereimtheit erscheinen muß, festzuhalten, und auf selbige practische Rechtssätze zu bauen.

Eine andere Frage ist es, ob man nicht annehmen müsse, daß der Gesetzgeber bei Erlassung eines erklärenden Gesetzes eben durch die Bezeichnung desselben, als eines „erklärenden", die Rückwirkung desselben habe anordnen wollen, und vermöge solcher zu vermuthenden besonderen Anordnung eine Rückwirkung eintreten müsse. Dieses scheinen einzelne Schriftsteller anzunehmen; und es wird für die rückwirkende Kraft der authentischen Interpretation darauf hingewiesen, „daß der Gesetzgeber ohne Weiteres die Rückwirkung eines Gesetzes anbefehlen, daß er überhaupt mangelhafte Gesetze machen kann, und dennoch diese wie jene volle Gültigkeit haben."[33]

Wenn häufig angenommen wird, daß die Gesetzgebung dem Unterthan gegenüber allmächtig, jede in vorschriftsmäßiger Form von der gesetzgebenden Gewalt erlassene Vorschrift verbindlich sei, und die Befolgung derselben mit Rücksicht auf den Inhalt niemals verweigert werden dürfe: so kann solcher Annahme die Behauptung entgegengestellt werden, daß keine menschliche Macht als absolut, als durchaus unbeschränkt, gedacht werden dürfe; daß auch die Gesetzgebung, möge sie einer einzelnen Person zustehen oder auf noch so breiter Basis ruhen, ihre erkennbaren Gränzen habe; daß es innere Criterien des Rechts gebe, bei deren Mangel der Inhalt einer von der gesetzgebenden Gewalt erlassenen Vorschrift nicht als Recht anerkannt werden könne. Wie der Gesetzgeber keinem Gesetze eine gegen Wiederaufhebung durch Gesetz oder Gewohnheit geschützte Dauer zu verleihen vermag, um so weniger kann er einem neuen Gesetze eine Wirkung rückwärts dahin beilegen, daß, was früher Recht war,

---

33) Kierulf a. a. O. S. 37.

nicht Recht gewesen sein solle. Die Anordnung rückwirkender Kraft könnte möglicherweise einen logischen Widerspruch gegen die höchsten Rechtsprincipien in sich fassen, und in solchem Falle würde man ihr keine Geltung beimessen können. Würde z. B. eine Gesetzgebung eine bisher erlaubte Handlung bei Strafe verbieten und eine Rückwirkung dieses Gesetzes vorschreiben: so ist doch wohl klar, daß kein Richter sich dazu hergeben dürfe, solche Rückwirkung in Ausführung zu bringen.

Es bedarf hier indessen keiner Untersuchung über die Gränze der Befugniß, einem Gesetze rückwirkende Kraft beizulegen. Die Befugniß überhaupt soll nicht geleugnet werden. Daß die Anordnung rückwirkender Kraft nur unter besondern Umständen sich rechtfertigen lasse, nur aus dringenden Zweckmäßigkeitsgründen eine Gesetzgebung zu selbiger veranlaßt werden könne; daß es die Rechtssicherheit aufheben würde, wenn jedes neue Gesetz unbedingt rückwirkende Kraft hätte; bedarf keiner Ausführung. Daraus folgt, daß rückwirkende Kraft der Gesetze einer bestimmten ausdrücklichen Anordnung bedarf, ohne solche nicht angenommen werden kann. Justinian hat freilich rückwirkende Kraft der authentischen Interpretation angenommen; aber nur als etwas, was sich von selbst verstehe; es ist aber gezeigt worden, daß, zumal bei unseren jetzigen Staatseinrichtungen und der Art und Weise, wie Gesetze zu Stande kommen, die Voraussetzung, unter welcher Justinian die Rückwirkung angenommen hat, nicht Platz greifen könne. Ist die Rückwirkung eine besondere Ausnahme, eine Anomalie, so kann sie auch bei einem erklärenden Gesetze nicht als eine stillschweigende Anordnung vorausgesetzt werden, eben weil auch ein erklärendes Gesetz nicht wegen der Richtigkeit der in demselben enthaltenen Erklärung, sondern als positive Anordnung der gesetzgebenden Gewalt seine Geltung hat. Wollte man bei erklärenden Gesetzen die Absicht des Gesetzgebers voraussetzen, daß Rückwirkung eintreten solle, und diese anzunehmende Absicht an Wirksamkeit einer ausdrücklichen Anordnung gleich setzen: so müßte man auch bei jedem anderen Gesetze die Frage aufwerfen können, ob vielleicht der Gesetzgeber die Absicht der Rückwirkung gehegt habe;

und man müßte einer solchen aus dem Inhalte zu folgernden Absicht die Wirksamkeit ausdrücklicher Anordnung beilegen. Auf diese Weise würde man dahin kommen können, bei jedem neuen Gesetze eine beabsichtigte, mithin stillschweigend angeordnete Rückwirkung als Regel anzunehmen, davon ausgehend, daß der Gesetzgeber durch ein neues Gesetz den bisherigen Rechtszustand verbessern wolle, und eine möglichst weite Rückwirkung dieser Verbesserung beabsichtigen müsse. Darf man nicht annehmen, daß jede von der Gesetzgebung ausgehende Erklärung den ursprünglichen Gedanken des erklärten Gesetzes unfehlbar richtig wiedergebe: so ist eben so wenig Grund anzunehmen, daß der Gesetzgeber jedem erklärenden Gesetze eine rückwirkende Kraft habe beilegen wollen. Man muß, wo es sich um den muthmaaßlichen Willen des Gesetzgebers handelt, immer einen vernünftigen Gesetzgeber voraussetzen; und da die unbedingte Rückwirkung jedes erklärenden Gesetzes mit der Rechtssicherheit, den Grundsätzen von der Unverletzlichkeit erworbener Rechte und der Unabhängigkeit des Richteramts in Widerspruch treten würde: so darf man der Gesetzgebung nicht die Absicht beimessen, daß in allen erklärenden Gesetzen eine stillschweigende Anordnung der Rückwirkung gefunden werden solle. In einzelnen Anwendungen wird dieses namentlich hervortreten. Ein s. g. hypothetisches Dispositivgesetz, welches täglich vorkommende Verträge oder andere Rechtsgeschäfte betrifft, muß, wenn es auch zwiefacher Auslegung fähig ist, doch sofort zur Anwendung gebracht, von Allen, deren Geschäfte es angeht, ausgelegt werden; und man kann nicht abwarten, ob vielleicht über kurz oder lang eine authentische Interpretation erfolgen werde. Der von den Betheiligten bei Abschluß der Verträge angenommene Sinn des Gesetzes wird zugleich Inhalt ihres Vertrages. Da es nun bei der hypothetischen Natur des Gesetzes den Betheiligten völlig frei stand, sich über die für ihr Vertragsverhältniß geltenden Normen zu verständigen: so würde es entschieden unvernünftig sein, wenn die Gesetzgebung durch ein späteres erklärendes Gesetz mittelst Anordnung der Rückwirkung verfügen wollte, daß die Verträge in einem anderen Sinn zu beurtheilen, als in dem, in welchen die Theilnehmer

nach ihrer Auffassung des älteren Gesetzes gehandelt haben. Eben falls darf man einem vernünftigen Gesetzgeber nicht die Absicht beimessen, daß ein in Strafsachen erlassenes erklärendes Gesetz, welches eine härtere Deutung enthält, zurückwirkende Kraft haben solle. Ist nun kein Grund vorhanden, allgemein für jedes erklärende Gesetz die Anordnung einer Rückwirkung vorauszusetzen: so bleibt nichts anderes übrig, als hier, wie bei allen übrigen Gesetzen für die Rückwirkung eine ausdrückliche Anordnung zu erfordern. Wohl können bei einzelnen erklärenden Gesetzen für die Gesetzgebung Beweggründe vorhanden sein, eine Rückwirkung anzuordnen; dieses wird aber bei Abfassung des erklärenden Gesetzes in Erwägung kommen müssen und in dem Gesetze selbst auszusprechen sein.

Wenn die Gesetzgebung mit einem erklärenden Gesetze zugleich die ausdrückliche Anordnung der Rückwirkung verbindet, so muß diese Rückwirkung denselben Beschränkungen unterliegen, wie bei anderen als rückwirkend erlassenen Gesetzen; sie muß ausgeschlossen sein, wenn das Rechtsverhältniß, auf welches sie sonst Anwendung finden würde, durch Urtheil oder durch Erfüllung, Anerkennung, Verzicht, Vergleich festgestellt, entschieden oder erledigt worden ist. Diese Beschränkungen sind nicht deshalb anzuerkennen, weil das römische Recht sie aufstellt, sondern ihres innern Grundes wegen.[34] Da nun auch erklärende Gesetze eine neue positive Satzung enthalten, so fehlt es an jeglichem Grunde, bei ihnen der angeordneten Rückwirkung ein weiteres Gebiet einzuräumen, als bei anderen Gesetzen. Insonderheit muß auch hier das Urtheil erster Instanz die Rückwirkung ausschließen, weil der Richter erster Instanz nur nach dem zur Zeit des Urtheils geltenden Gesetze entscheiden konnte und durfte, und durch die Appellation die zur Entscheidung stehende Frage nicht verändert wird. Dieser Grundsatz ist um so mehr festzuhalten, weil eben durch die Möglichkeit, daß für die Appellationsinstanz neue Gesetze eingeschoben werden können, die richterliche Unbhängigkeit der Gerichte, wie die Rechtssicherheit, an meisten gefährdet, und die Rechts-

34) Savigny, System B. 8. S. 511.

pflege mit sich selbst und mit der Wahrheit in Widerspruch gebracht wird.

§. 9.

Wenn nach der vorstehenden Ausführung ein erklärendes Gesetz als eine von der Gesetzgebung erlassene neue Vorschrift über den Sinn, in welchem eine frühere gesetzliche Bestimmung zur Anwendung gebracht werden soll, aufzufassen, und wie jedes neue Gesetz nur auf zukünftige Fälle anzuwenden, eine rückwirkende Kraft demselben nicht beizulegen ist, so fern eine solche nicht ausdrücklich angeordnet worden: so wird gleichwohl ein erklärendes Gesetz, welchem eine Rückwirkung von dem Gesetzgeber nicht beigelegt worden, rückwärts wirken können; aber nicht vermöge seiner zwingenden Gesetzesnatur, sondern soweit die von dem Gesetzgeber dargelegte Ansicht über den Sinn der älteren gesetzlichen Vorschrift die freie Ueberzeugung zu bestimmen geeignet ist.

Indem der Gesetzgeber einer neuen Vorschrift die Gestalt eines erklärenden Gesetzes giebt, legt er seine Ansicht an den Tag, daß das ältere Gesetz am richtigsten in dem jetzt angegebenen Sinne erklärt werden möge. Diese Ansicht kann, wie jede andere von dem Gesetzgeber ausgesprochene oder angedeutete Ansicht, nicht bindend sein; sie kann den Willen nicht binden, weil sie nur eine Ansicht ist, die Ueberzeugung nicht, weil diese überall nicht gebunden werden kann. Für die Zukunft muß der Richter das ältere Gesetz in dem neu angegebenen Sinne anwenden, wie sehr er auch davon überzeugt sein mag, daß der ursprüngliche Sinn ein anderer sei; denn die verbindende Kraft des Gesetzes ist nicht abhängig von der Richtigkeit der angegebenen Motive. Für die Vergangenheit kann das erklärende Gesetz nur als Hülfsmittel für die richterliche oder doctrinelle Auslegung von Einfluß sein, als eine Autorität, welche häufig den Ausschlag geben wird. Ist die ältere gesetzliche Bestimmung wirklich dunkel, mehrfacher Deutung fähig; erscheint das erklärende Gesetz bald nach Erlassung des älteren; läßt sich das, was durch das neue Gesetz festgestellt wird, auch auf wissenschaftlichem Wege als

möglicher Sinn des erklärten Gesetzes nachweisen; stehen nicht überwiegende Gründe der von dem Gesetzgeber ausgesprochenen Erklärung entgegen; oder werden vielleicht von dem Gesetzgeber gar besondere bisher unbekannte Umstände enthüllt, welche die von ihm gegebene Erklärung unterstützen: so wird der Richter, wie jeder gewissenhafte Ausleger, die von der Gesetzgebung ertheilte Auskunft bereitwillig ergreifen. Es ist gar nicht zu besorgen, daß eine authentische Interpretation, welche in Wahrheit den ursprünglichen Sinn des erklärten Gesetzes wiedergiebt, nicht als richtige Erklärung werde anerkannt werden. Wenn solchergestalt ein erklärendes Gesetz ohne zwingende Kraft durch seine Autorität und durch Hervorrufung der Ueberzeugung, daß der ursprüngliche Gedanke des älteren Gesetzes richtig wiedergegeben sei, auf alle Fälle, für welche das erklärte Gesetz gilt, zurückwirken kann: so muß dennoch eine solche Rückwirkung ausgeschlossen bleiben, wenn in der Zeit zwischen Erlassung des erklärten und des erklärenden Gesetzes Ersteres ganz allgemein in einem anderen Sinne aufgefaßt und angewandt worden ist, sich eine gemeinsame Ueberzeugung in dieser Beziehung festgestellt und bethätigt hat. In einem solchen Falle enthält auch diejenige authentische Interpretation, welche den bei Erlassung des älteren Gesetzes von dem *Gesetzgeber* gehegten Gedanken richtig wiedergiebt und nachweiset, eine *neue* Satzung, eine Aenderung des bestehenden Rechts; denn die allgemeine Quelle alles Rechts ist und bleibt die im Leben sich betheiligende allgemeine Ueberzeugung, das Gemeinbewußtsein; und der unbekannt gebliebene, in das Gemeinbewußtsein nicht aufgenommene Gedanke des Gesetzgebers kann kein Recht schaffen.

Große Dunkelheit eines Gesetzes, verschiedene Auffassung desselben bei verschiedenen Gerichten, daraus den Unterthanen erwachsende Nachtheile, können es unleugbar rechtfertigen, daß von den Gerichten die gesetzgebende Gewalt auf den vorhandenen Uebelstand aufmerksam gemacht, und solchergestalt eine die Zweifel beseitigende neue gesetzliche Bestimmung veranlaßt werde. Daß auch ein auf diese Weise durch die Gerichte veranlaßtes Gesetz an sich keine rückwirkende Kraft habe, bedarf nach dem Vorstehenden keiner Ausfüh-

rung. Niemals aber darf der Richter zum Behufe einer ihm obliegenden Entscheidung in einer anhängigen Rechtssache das Cabinet oder die gesetzgebende Gewalt um Erklärung eines Gesetzes angehen. Aus der Natur des Richteramts, der Stellung der Gerichte nach deutschem Staatsrechte, ergiebt sich, (wie im französischen Rechte ausdrücklich vorgeschrieben ist,) daß der Richter sich wegen Schwierigkeit der zu entscheidenden Frage nicht der Ausübung seines Amts entziehen, sich durch Dunkel und Mangelhaftigkeit eines Gesetzes nicht abhalten lassen dürfe, ein Urtheil zu sprechen.[35] Die Lehre, daß der Richter, wenn er wegen Dunkel des Gesetzes nach den Regeln der Auslegung zu keinem bestimmten Resultate gelangen könne, statt selbst zu entscheiden, eine authentische Interpretation nachsuchen solle, ist, auch abgesehen von der im Vorstehenden entwickelten Ansicht über die Wirksamkeit erklärender Gesetze, durchaus unhaltbar. Den Vorschriften des römischen Rechts genügt sie nicht einmal, denn nach diesen soll der Richter gar nicht auslegen, soll sich auf eine mechanische Anwendung der Gesetze beschränken und jeden Zweifel dem Kaiser vorlegen, welcher der alleinige Ausleger der Gesetze sein soll; die Thätigkeit richterlicher Auslegung soll durch kaiserliche Rescripte ersetzt werden. Alles was in dieser Beziehung in dem Coder Justinians vorgeschrieben ist, darf die Rechtswissenschaft um so weniger als geltend anerkennen, da sie sonst sich selbst das Todesurtheil sprechen müßte, denn nach Justinians deutlich an den Tag gelegtem Willen darf es keine Rechtswissenschaft geben. Wäre ein Gesetz oder eine Gesetzstelle wirklich so dunkel, daß der rechtsgelehrte, in Auslegung und Anwendung der Gesetze geübte Richter schlechterdings keinen Sinn herauszubringen vermöchte; so muß dasselbe eintreten, wie bei einem klaren Widerspruch zweier gesetzlicher Bestimmungen; die sinnlose Gesetzstelle muß als nicht vorhanden angesehen werden. Eine Gesetzstelle, in welcher die Gerichte keinen Sinn zu finden vermögen, ist doch offenbar nicht geeignet, Rechte und Verbindlichkeiten zu erzeugen, und es würde ein Widerspruch in der

---

35) Savigny, System B. 1. S. 208.

Annahme liegen, daß die Unterthanen nach derselben ihre Handlungen und Unterlassungen hätten einrichten müssen. Durch sogenannte authentische Interpretation einer solchen Gesetzesstelle würde Etwas an die Stelle eines Nichts gesetzt werden, unleugbar eine völlig neue gesetzliche Vorschrift entstehen.

§. 10.

Die vorstehend entwickelten Gründe gegen die rückwirkende Kraft erklärender Gesetze müssen jedenfalls in gleichem Grade gegen die Rückwirkung bestätigender und verwerfender Gesetze zutreffen. Für die Rückwirkung bestätigender oder erneuernder Gesetze beruft man sich auf die Analogie der authentischen Interpretation, auf die in jenen Gesetzen enthaltene Belehrung, durch welche in Gewißheit gesetzt, jeder Richter und Unterthan anzunehmen verpflichtet werde, daß die eingeschärfte Norm auch schon vor dem erneuernden Gesetz in voller Geltung bestanden habe.[36] Für bestätigende und verwerfende Gesetze fehlt es an dem Grunde, der sich mit einigen Scheine für die Rückwirkung der authentischen Interpretation angeben läßt, daß nämlich Jeder der beste Ausleger seiner eigenen Worte sei. Was vor Erlaß eines bestätigenden Gesetzes nicht als Recht bestanden hat, z. B. der Inhalt einer durch entgegenstehende Gewohnheit entkräfteten gesetzlichen Vorschrift, kann durch neue Satzung Recht werden, es kann aber durch solche Satzung so wenig die Vergangenheit geändert, als die Ueberzeugung gefesselt werden; und es ist eine durchaus unberechtigte Unterscheidung, welche in dieser Beziehung zwischen „bestätigenden" und „herstellenden" Gesetzen gemacht wird. Eben so wenig kann durch ein verwerfendes Gesetz ein auf Gesetz oder Gewohnheit beruhender Rechtssatz rückwärts vernichtet werden, weil die Vergangenheit nicht ungeschehen gemacht werden kann, und weil, was insbesondere das Gewohnheitsrecht betrifft, die Geltung desselben wenigstens nach

36) Weber a. a. O. S. 50 u. 60. Bergmann a. a. O. S. 64. 65. u. 203.

deutschen Rechtsgrundsätzen nicht auf eine stillschweigende Anerkennung von Seiten der Staatsgewalt gegründet werden darf.

Schließlich mag hier noch auf den Widerspruch aufmerksam gemacht werden, welcher sich durch Annahme rückwirkender Kraft der erklärenden, bestätigenden und verwerfenden Gesetze, als von der Gesetzgebung erlassener die Ueberzeugung bindender Belehrungen, in den Fällen ergeben müßte, wenn eine authentische Interpretation später von demselben Gesetzgeber oder seinem Nachfolger zurückgenommen und eine andere entgegengesetzten Inhalts an die Stelle gesetzt, oder wenn ein bestätigendes Gesetz hinterher durch ein verwerfendes, oder ein verwerfendes durch ein die verworfene Rechtsquelle bestätigendes ersetzt würde, Veränderungen welche wenigstens in dem Bereiche der Möglichkeit liegen, zu deren Vornahme die gesetzgebende Staatsgewalt unleugbar befugt ist, und zu welcher sie unter Umständen sich wohl veranlaßt finden könnte.

VIII.

Literaturübersicht.

(November 1857 bis März 1858.)

1) Encyklopädie und Philosophie des Rechts; Aufgabe, Zweck, Methodik und Literatur der Rechtswissenschaft.

Boresco, Basile, Traité comparatif de Délits et des Peines au point de vue philosophique et juridique. Paris. 1857. 8. 1 Thlr. 20 Sgr.

de Fontaine de Resbecq, A., Notice sur le doctorat en droit avec un tableau de l'enseignement et des études dans les neuf facultés de droit et une analyse chronologique des lois, patents, décrets, règlements et circulaires relatifs à cet enseignement, de 1791 à 1857; suivi de la liste générale des docteurs admis depuis 1806 jusqu' à 1857 et du catalogue raisonné des thèses contenues de 1851 à 1857. Paris. 1857. 8. 2 Thlr.

Maaßen, F., Beiträge zur Geschichte der juristischen Literatur d. Mittelalters, insbes. der Dekretisten-Literatur d. 12. Jahrh. Wien. Gerold's Sohn in Comm. Lex. 8. Geh. ½ Thlr.

Snell, W., Naturrecht nach den Vorlesungen. Langnau. (Blom in Bern.) gr. 8. Geh. 2 Thlr. 4 Sgr.

2) Geschichte und Quellen des Rechts; Exegese und Hülfsmittel zum Gebrauch der Quellen.

a) Römisches Recht.

Burchardi, G. C., il sistema e la storia interna del dritto romano privato recato dall' originale tedesco in italiano ed annotato da P. de Conciliis. Vol. I. 8. Nap 1857.

Caillet, J., de ratione in imperio Romano ordinando ab Hadriano. Diss. Paris. Didot Frères, Fils & Co. in Comm. gr. 8. Geh. ⅔ Thlr.

de Caqueray, G., Explicatiou des passages de droit privé contenus dans les oeuvres de Cicéron. Paris 1857. 8. 2 Thlr. 20 Sgr.

Cenci, L., Tractatus de procuratoribus. Opus posthumum a P. H. Cencio adauctum et illustratum. Florentiae. 4. (Münch. Franz.) Geh. 7 Thlr.

Detleffen, Ueber ein neues Fragment einer Röm. Wechselurkunde aus Siebenbürgen. Wien. Gerold's Sohn in Comm. Lex. 8. Geh. ⅙ Thlr.

—— Ueber 2 neuentdeckte Röm. Urkunden auf Wachstafeln. Wien. Gerold's Sohn in Comm. Geh. ⅔ Thlr.

de Filippis, A., De comitiis Romanorum historica disquisitio. Nap. 1856. 8.

Энгелманн, А., Объ ученой обработкѣ Греко-Римскаго права съ обозрѣніемъ новѣйшей его литературы. Опытъ введенія въ изученіе византійской юридической исторій. Санктпетербургъ 1857. 8. 1 Thlr. 15 Sgr. (Ueber die wissenschaftliche Bearbeitung des griechisch römischen Rechts v. A. Engelmann.)
Janssen, C., Grundriß zu Vorlesungen üb. die Röm. Rechtsgeschichte u. die Institutionen des Röm. Privatrechts. Aachen. Hensen & Co. in Comm. gr. 8. Geh. 1/3 Thlr.
Massol, M., De l'Obligation naturelle etc. (s. u. sub 11.)
Mommsen, Th., die Rechtsfrage zwischen Cäsar u. dem Senat. Breslau. E. Trewendt. gr. Lex. 8. Geh. 2/3 Thlr.
Ortolan, Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien avec le texte, la traduction en regard et les explications sous chaque paragraphe, précédée de l'histoire de la législation romaine depuis son origine jusqu' à la législation moderne et d'une généralisation du droit romain, d'après les textes anciennement connus ou plus récemment découverts. Tome I et II. Paris 1858. 5 Thlr.
Pachmann, Th., Vorschule des Röm. Rechts. Wien 1858. Braumüller. Lex. 8. Geh. 2 Thlr.
Rudorff, A. F., Römische Rechtsgeschichte. Zum akadem. Gebrauch. 1. Bd. Leipzig. B. Tauchnitz. gr. 8. Geh. 1 3/4 Thlr.
Wieding, C. J. F. G., Nouella Justiniani XCIX. Berol. Besser'sche Buchh. in Comm. Geh. 1 Thlr.

b) Deutsches Recht.

Bodemeyer, H., Hannover'sche Rechtsalterthümer. 1. Beitrag. Die Luxus- u. Sittengesetze. Götting. Dieterich. gr. 8. Geh. 24 Sgr.
Chmel, J., die österreich. Freiheitsbriefe. 1. Art. Wien. Gerold's Sohn in Comm. Lex. 8. Geh. 9 Sgr.
Costa, E. H., Bibliographie der deutschen Rechtsgeschichte. Braunschweig. Schwetschke & Sohn. gr. 8. Geh. 1 Thlr. 18 Sgr.
Der Schaffhauser Richtebrief. Die ältesten Satzungen der Stadt aus d. J. 1341. Hrsg. v. J. Meyer. Schaffhausen. Brodtmann. 8. Geh. 6 Sgr.
Ficker, J., Ueber die Echtheit des kleineren österreich. Freiheitsbriefes. Wien. Gerold's Sohn in Comm. 8. Geh. 1/6 Thlr.
Grätz, H., die westgothische Gesetzgebung in Betreff der Juden. Breslau. Gosohorsky in Comm. gr. 4. Geh. baar 2/3 Thlr.
Hänel, A., das Beweissystem des Sachsenspiegels. In Beschränkung auf d. bürgerl. Prozeß dargestellt. Leipzig. Hirzel. gr. 8. Geh. 1 Thlr.
Köppen, K. F., Hexen u. Hexenprocesse. Zur Geschichte des Aberglaubens u. des inquisitorischen Prozesses. 2. Aufl. Leipzig. O. Wigand. 16. Geh. 1/6 Thlr.
Rechtsdenkmäler d. deutschen Mittelalters hrsg. v. A. v. Daniels, F. v. Gruben u. F. J. Kuehns. 1. Abth. Das sächs. Weichbildrecht. 2. Lfg. Berlin. Hempel in Comm. gr. 4. Geh. 1 1/2 Thlr.
Renner, Fr., De uestitura possessoria rerum mobilium eiusque tuitione secundum uetus ius Germanicum. Diss. inaug. Marburg. Ehrhardt in Comm. Geh. 8 Sgr.
Röpell, R., Ueber die Verbreitung des Magdeburger Stadtrechts im Gebiete des alten polnischen Reiches, ostwärts der Weichsel. Breslau. E. Trewendt. gr. Lex. 8. Geh. 2/3 Thlr.
Schmid, R., die Gesetze der Angelsachsen. In der Ursprache m. Uebersetzung,

Erläuterungen u. e. antiquar. Glossar hrsg. 2. Aufl. Leipzig 1858. Brockhaus. Geh. 6½ Thlr.

Siegel, H., Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens. 1. Bd. Giessen. Ricker. gr. 8. Geh. 1⅔ Thlr.

Stein, F., Untersuchungen über die Entwicklung und Fortbildung des deutschen Sachenrechts von der älteren Zeit bis zur Gegenwart. 1. Abth. Erlang. Palm & Enke. gr. 8. Geh. 24 Sgr.

Urkundenbuch der Stadt Lübeck. Hrsg. v. d. Verein für Lübecker Geschichte ꝛc. 2. Thl. 11. u. 12. Lfg. Lübeck. Aschenfeldt gr. 4. Geh. 2 Thlr.

3) Gemeines Civilrecht.

Die Jurisprudenz des Oberappellationsgerichts der 4 freien Städte Deutschlands in Wechselsachen. 1821—1857. Frankf. a/M. J. D. Sauerländer. gr. 8. Geh. 1⅔ Thlr.

Groskopff, G. C., Zur Lehre v. d. Retentionsrechte. Oldenb. Stalling. gr. 8. Geh. 18 Sgr.

Hardung, II., A., Das Wechselrecht der allg. dtschn. Wechselordnung. Cöln. Eisen. gr. 8. Geh. ⅔ Thlr.

Holzschuher, R. v., Theorie und Casuistik des gem. Civilrechts. 3. Bd. Obligationenrecht. 2. Aufl. Leipz. Baumgärtner. gr. 8. Geh. 5 Thlr.

Kuntze, J. E., Die Lehre v. d. Inhaberpapieren oder Obligationen au porteur, rechtsgeschichtl., dogmatisch u. m. Berücksichtigung der dtschn. Partikularrechte dargestellt. 2. Abth. Leipz. Hinrichs. gr. 8. Geh. 1⅓ Thlr.

Renaud, A., Lehrb. d. gem. dtschn., sowie des in der Allg. dtschn. Wechselordnung enthaltenen Wechselrechts. 2. Aufl. Gießen. Ricker. gr. 8. Geh. 1⅓ Thlr.

Ruhstrat, E., Ueber Negotiorum gestio. Oldenb. Stalling. gr. 8. Geh. ½ Thlr.

Schaaff, F. W., Abhandlungen aus dem Pandektenrecht. 1. Bd. 1. Hft. Zur Lehre v. d. Culpa. Heidelb. Bangel u. Schmitt. gr. 8. 1 Thlr.

Staudinger, F., Die Rechtslehre vom Lebensversicherungsvertrag. Erl. Enke. Lex. 8. 1 Thlr.

Ubbelohde, Ueber den Satz ipso iure compensatur. Eine Unters. aus dem Röm. Recht. Gött. Vandenhoeck u. Ruprecht. gr. 8. Geh. 1⅓ Thlr.

Windscheid, B., Die Actio. Abwehr gegen Dr. Theodor Muther. Düsseldorf. J. Buddeus. gr. 8. Geh. 12 Sgr.

4) Partikuläres Privatrecht.

Codex des Nassauischen Bergrechts zusammengestellt aus d. Gesetzsammlungen des Herzogthums. Wiesbaden. Schellenberg. 16. Geh. 12 Sgr.

Curtius, C. F., Handbuch des im Königr. Sachsen geltenden Civilrechts. 4. Theil. 1. Abth. 3. Ausg. Leipz. Schwickert. gr. 8. 2 Thlr.

Das neue Bergrecht u. die Actiengesetzgebung in Preußen. 6. Aufl. Essen. Bädeker. gr. 16. 12 Sgr.

Fendler, G. A., Commentar zu der (Preußisch.) Verordnung vom 26. Sept. 1842., betr. die Behandlung des Erbschaftsstempelwesens ꝛc. Berl. C. Heymann. gr. 8. ⅓ Thlr.

Jungermann, M., Handbuch des Bayer. Hypotheken- u. Prioritätsrechts mit Einschluß des hierauf bezügl. Verfahrens. München. Finsterlin in Comm. gr. 8. Geh. 2 Thlr.

Kalisch, M., Rechtliche Beurtheilung des J. Fraenckelschen Testaments in

Beziehung auf die materielle Gültigkeit der in demselben verordneten Stiftungen. Berlin. Mittler & Sohn. gr. 8. Geh. 24 Sgr.
Koch, C. F., Lehrb. d. Preuß. gem. Privatrechts. 3. Aufl. 2. Bd. Berl. 1858. Guttentag gr. 8. 3 Thlr. 28 Sgr.
Lautenschlager, C., Das Wichtigste v. d. bürgerl. Rechtsverhältnissen der Würtemberger. Stuttg. 1858. Metzler. gr. 8. Geh. ½ Thlr.
Manger, das österreichische Bergrecht rc. 2. Lfg. Prag. Credner. gr. 8. Geh. 1 Thlr. 6 Sgr.
Prinz, F. L., Der Einfluß der Hypothekenbuchsverfassung auf das Sachenrecht, insbesondere die Lehre v. d. Protestation. Dargest. nach Preuß. Recht. Berl. Heymann. gr. 8. Geh. 1⅓ Thlr.
Schwarz, A., Die Gütergemeinschaft der Ehegatten nach fränkisch. Rechte. Erl. Palm u. Enke. Lex. 8. Geh. 24 Sgr.
Stubenrauch, M. v., Das allg. bürgerl. Gesetzbuch v. 1. Juli 1811 sammt den dazu erflossenen Nachtrags-Verordnungen rc. erläutert. 22. u. 23. Lfg. Wien. F. Manz. gr. 8. Geh. à 16 Sgr.
Unger, J., System d. österreich. allg. Privatrechts. 2. Bd. 1. Abth. Leipz. Breitkopf u. Härtel. gr. 8. Geh. 1½ Thlr.
Wechselordnung f. d. Herzogth. Holstein. Altona. Wendeborn'sche Buchh. gr. 8. Geh. 6 Sgr.

5) Civilprozeß, Gerichtsverfassung, Praxis und freiwillige Gerichtsbarkeit.

Die (sächs.) Entwürfe einer Advocaten- und Notariatsordnung nebst den dazu gehörigen Motiven. Dresd. Meinhold & Söhne. Lex. 8. Geh. ½ Thlr.
Edel, C., Das K. Bayer. Gesetz v. 1. Juli 1856, einige Bestimmungen über d. Gerichtsverfassung u. das gerichtl. Verfahren in den Landestheilen diesseits des Rheines betr., erläutert. 2. Aufl. Nördling. Beck. gr. 8. Geh. 28 Sgr.
Euler, J., Handb. d. Notariats in Preußen, nebst der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Gerichte u. m. Rücksicht auf das übrige Deutschland, Frankreich u. andere Länder. 1. Buch. Allg. Theil. 1. Lfg. Düsseldorf. Schaub. Lex. 8. Geh. pro 2 Lfgn. 2 Thlr.
Kletke, G. M., Darstellung des Wechsel- und Merkantilprozesses in den 7 älteren Kreisen des Königr. Bayern diess. d. Rheins. Bamberg. Buchner gr. 8. Geh. 1 Thlr. 28 Sgr.
Malter, A., Handb. der (österr.) Gebühren-Gesetze v. 9. Febr., 2. Aug. u. 6. September 1850. Alphabet. geordnete Darstellung der gesetzlichen Vorschriften über Stämpel und unmittelbare Gebühren. Wien 1858. F. Manz. gr. 8. Geh. 2 Thlr.
Seuffert, J. A., Kommentar über d. Bayer. Gerichtsordnung. Fortgesetzt in Verbindung mit J. J. Lauk. 2. Aufl. 4. Bd. 2. Lfg. Erl. Palm & Enke. gr. 8. Geh. 1⅓ Thlr.
Schlüter, C. W. G., Kommentar zur allg. bürgerl. Prozeß-Ordnung des Königr. Hannover. 2.—4. Heft. Stade. Pockwitz. gr. 8. à ⅓ Thlr.
Schopf, Fr. J., Practisches Handbuch des öffentl. Geschäftsstyles im österr. Kaiserstaate. Pesth 1858. Heckenast. gr. 8. Geh. 1 Thlr. 24 Sgr.
Strippelmann, F. G. L., Der Gerichtseid. 3. Abth. A. u. d. T.: Die notwendigen Eide. 1. Hälfte. Cassel. Fischer. gr. 8. Geh. 1 Thlr. 2. Hälfte ebendas. Geh. 1⅓ Thlr.

6) Staats-, Völker- und öffentliches Recht.

Arnold, J., A Treatise on the Law of Marine Insurance and Average,

with Reference to the American Cases, and the later Continental Authorities 2. edit. 2 vls. London 1857. 8⁰. 22 Thlr. 12 Sgr.

Bülau, F., Die Rittergüter u. ihre Stellung zu Staat und Gemeinde. Mit besonder. Rücksicht auf die Verhältnisse im Großherzogth. S.-Weim.-Eisenach. Leipz. T. O. Weigel. gr. 8. Geh. 1 Thlr.

Corpus iuris confoederationis germanicae oder Staatsacten f. Geschichte u. öffentl. Recht des deutschen Bundes. Hrsg. v. P. A. G. v. Meyer. Forts. v. Zöpfl. 1. Thl. Staatsverträge. 3. Aufl. Frankf. a/M. Brönner. 4. Geh. 2⅔ Thlr.

Das Staatslexikon. Hrsg. v. K. v. Rotteck u. K. Welker. 3. Aufl. 17. 18. 19. Heft. Leipz. Brockhaus. Lex. 8. à 8 Sgr.

Deutsches Staatswörterbuch. In Verbindung m. deutschen Gelehrten hrsg. v. J. C. Bluntschli. Unter Mitredaction v. K. Brater. 20.—25. Heft. Stuttg. Expedit. des Staatswörterb. gr. 8. à ⅓ Thlr.

Deux documents importants dans l'affaire des duchés de Holstein et de Lauenbourg, savoir 1.) la plainte présentée à la diète germanique par les états du Lauenbourg 2.) la motion du gouvernement royal Hannovrien du 29. Octbr. 1857. Hannov. Rümpler. gr. 8. Geh. ½ Thlr.

Die Lösung der dänisch-deutschen Frage oder die Berechtigung des Skandinavismus u. Schleswig-Holsteinianismus. Bremen. Strack. gr. 8. Geh. ⅙ Thlr.

Gothaisches genealogisches Taschenbuch der freiherrlichen Häuser f. d. Jahr 1858. 8. Jahrg. Gotha. J. Perthes. 32. In engl. Einb. 1½ Thlr. Prachtausg. geb. m. Goldschn. 2½ Thlr.

—— der gräflichen Häuser auf das Jahr 1858. 31. Jahrg. Gotha. J. Perthes. 32. In engl. Einb. 1½ Thlr. Prachtausg geb. m. Goldschn. 2½ Thlr.

—— nebst diplomatisch-statistischem Jahrbuche f. d. Jahr 1858. 95. Jahrg. Gotha. J. Perthes. 32. In engl. Einb. 1⅓ Thlr. Prachtausg. geb. m. Goldschnitt 2⅓ Thlr.

Großherzoglich Mecklenburg-Strelitzischer Staatskalender. 1858. Neustrelitz. Brünslow in Neubrandenburg. 8. Cart. 1⅔ Thlr.

Held, J., System des Verfassungsrechts der monarchischen Staaten Deutschlands m. besond. Rücksicht auf den Constitutionalismus. 2. Thl. Würzburg. Stahel. Lex. 8. Geh. 2 Thlr. 21 Sgr.

Janssen, C., Kirche u. Staat. 1. Bd. 2. Abth. Frankfurt a/M. Hedler. 8. Geh. 17 Sgr.

Muller, C., La Légitimité. Paris 1857. 8. 1 Thlr. 10 Sgr.

Nöllner, F., die deutschen Einheitsbestrebungen im Sinne nationaler Gesetzgebung u. Rechtspflege. Leipzig. Voigt & Günther. gr. 8. Geh. 1½ Thlr.

Rechte Holsteins in Schleswig. Nach der Kgl. allerhöchst. Bekanntmachung v. 28. Jan. 1852. Hamburg. (Nusser in Itzehoe.) gr. 8. Geh. 3 Sgr.

Recueil, nouveau, général des traités, conventions et autres transactions remarquables. Continuation du grand recueil de G. F. de Martens. Par Ch. Samver. Tome XV. A. u. d. T.: Recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. Tome II. Göttingen. Dieterich. gr. 8. 5 Thlr. 12 Sgr.

Ungewitter, F. H., Neueste Erdbeschreibung und Staatenkunde. 4. Aufl. 12. 13. 14. Lfg. Dresden. Adler u. Dietze. Lex. 8. Geh. à ⅙ Thlr.

Vaclík, J., La souveraineté du Monténégro et le droit de gens moderne de l'Europe. Lips. 1858. Brockhaus. Lex. 8. Geh. 1 Rthr.

Widerlegung der Vorwürfe, welche das Kgl. dänische Ministerium der

holsteinischen Ständeversammlung gemacht hat. Von e. Sachkundigen. Hannover. Rümpler. gr. 8. Geh. 6 Sgr.

Zwei wichtige Aktenstücke in der Sache der Herzogth. Holstein u. Lauenburg. Hannover. Rümpler. gr. 4. Geh. ½ Thlr.

7) Kirchenrecht.

Actenstücke, die Amtsentlassung des Prof. der Theologie Dr. Baumgarten in Rostock betreffend. Schwerin. Stiller. gr. 8. Geh. 1 Thlr.

Bullarum diplomatum et priuilegiorum sacrorum romanorum pontificum Taurinensis editio locupletior facta collectione nouiss. plurium breuium, epistolarum etc. cura A. Tomasetti. Tom. I. Monach. Franz in Comm. gr. 4 Geh. 4. Thlr. 24 Sgr.

Janssen, C., Einige Worte zur Verständigung üb. das österr. Ehegesetz v. 8. Oct. 1856. Frankfurt a/M. Hebler. 8. Geh. ⅙ Thlr.

Magnum bullarium Romanum summorum pontificum Clementis XIII, Clementis XIV, Pii VI etc. Constitutiones, literas in forma breuis epistolas ad principes uiros etc. collegit A. Barbèri. Fasc. 259—266. Wien. Mechitaristen Congregrat.-Buchh. Fol. Rom. à ⅔ Thlr.

Mühler, v., Vortrag üb. d. Ehescheidung gehalten in der deutschen evangel. Kirchen-Conferenz zu Eisenach. Stuttg. J. G. Cotta. Lex. 8. Geh. 3 Sgr.

Phillips, G., Kirchenrecht. 2. Bd. 3. Aufl. Regensburg. Manz. gr. 8. Geh. 2⅓ Thlr.

Roßhirt, C. F., Lehrb. d. Kirchenrechts. 3. Aufl. gr. 8. Schaffhausen. Hurter. gr. 8. Geh. 24 Sgr.

Schaubach, E., Uebersicht über die im Herzogth. Sachs. Meiningen in Ansehung der evangel. Landeskirche erschienenen Gesetze u. Verordnungen. Meiningen. Brückner & Renner. gr. 8. Geh. ½ Thlr.

Schulte, J. F., Darstellung des Prozesses vor den kathol. geistl. Ehegerichten Oesterreichs, auf Grundlage des allg. kathol. Kirchenrechts u. der besonder. Vorschriften für Oesterreich. Gießen 1858. Ferber. gr. 8. Geh. 1 Thlr.

Stahl, F. J., der christliche Staat — Vortrag über Kirchenzucht. 2. Aufl. Berlin. Oehmigke. gr. 8. Geh. ½ Thlr.

8) Criminalrecht und Proceß.

Alberti, C. E. R., die christliche Reform des Strafverfahrens gegen die Unmündigen im Preuß. Staate. Stettin. Müller. gr. 8. Geh. ¼ Thlr.

Der neue Pitaval ꝛc. hrsg. v. J. E. Hitzig u. W. Häring (W. Alexis.) 24. Thl. od. 3. Folge 1. Thl. Leipzig 1858. Brockhaus. gr. 12. Geh. 2 Thlr.

Der Strafproceß im Königr. Bayern diesseits des Rheins. 2. u. 3. Bdchn. München. Franz. 8. Geh. à Lfg. ⅓ Thlr. Schreibpap. in 4. à 24 Sgr.

Fritze, E., Erinnerungsblätter aus dem Leben eines Criminalisten. 2. Aufl. Leipzig 1858. Kollmann. 8. Geh. ⅔ Thlr.

Glaser, J., Abhandlungen aus dem österr. Strafrecht. 1. Bd. Wien. Tendler. gr. 8. Geh. 3 Thlr.

Grohmann, A. F., das Schwurgericht. Abhandlung. Schwerin. Stiller in Comm. gr. 8. Geh. ½ Thlr.

Hahn, C., Strafgesetzbuch für die Preuß. Staaten u. Gesetz über die Einführung desselb. 3. Aufl. Breslau. Kern. gr. 8. Geh. ⅔ Thlr.

—— Supplement zum Str. G. B. f. d. Preuß. Staaten. Enthaltend Nachträge bis Mitte 1857. Breslau. Kern. gr. 8. Geh. ⅓ Thlr.

Hirt, F., der Hausfrieden, dessen Störung u. das Hausrecht. Der Bücher über Nachtseiten der menschl. Gesellschaft 2. Buch Leipzig 1858. Wengler. 8. Geh. ½ Thlr.

Hotzel, anderweite Bedenken in dem wegen boshafter Brandstiftung gegen J. Begeholdt stattgefundenen Strafverfahren. Jena. Frommann. gr. 8. Geh. 6 Sgr.

Kammerer, P., Ueber die Schwurgerichte in Bayern. Münch. Franz. [illegible] Geh. 3 Sgr.

Keyser, G., Erläuterungen zu der Thüringischen Str. Proz. Ordn. Sondershausen. Eupel. gr. 8. Geh. ⅓ Thlr.

Krug, O. A., Zur Verständigung üb. d. Concurrenztheorie d. Str. G. B. f. d. Königr. Sachsen. Leipz. Voigt & Günther. 8. Geh. ⅓ Thlr.

Lutz, J. C. G., Notwer wider ungleiche Waffen. Ulm. Krick. gr. 8. Geh. 9 Sgr.

Planck, J. W., Systemat. Darstellung d. deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Str. Pr. Ordnungen seit 1848. Göttingen. Dieterich. Geh. 2 Thlr. 24 Sgr.

Pufendorf, die öffentliche Klage der Staatsanwaltschaft bei Verbrechen u. Polizeiübertretungen in 14 Abhandll. Verden. Steinhöfel in Comm. gr. 8. Geh. 12½ Ngr.

Schmidt, K. E. F., die Polizeiverwaltung auf dem platten Lande und für Städte in ihrem Verhältniß zur Strafrechtspflege. Breslau. Kern. 1858. gr. 8. Geh. ¾ Thlr.

Seeger, H., Abhandlungen aus dem Strafrecht. Tüb. 1858. Laupp. gr. 8. Geh. 2⅓ Thlr.

Stenglein, M., Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher. 11. 12. 13. Lfg. München. Kaiser. gr. 16. Geh. à 12 Sgr. Schreibpap. à 16 Sgr.

Temme, J., deutsche Criminalgeschichten. 2. Bdchn. Leipzig. Magazin f. Literatur. 8. Geh. 12 Sgr.

v. Tippelskirch, Ueb. die Entstehung u. d. Charakter d. Geschwornen-Gerichts in England. Ein Vortrag. Stettin. Graßmann. gr. 8. Geh. 6 Sgr.

Zachariä, H. A., der Coburger Untersuchungsproceß wider Laurenz Hannibal Fischer wegen Majestätsbeleidigung, m. Actenstücken. Göttingen. Dieterich. gr. 8. Geh. 16 Sgr.

Zur Geschichte der Preßgesetze in den Herzogthümern Schleswig u. Holstein u. deren neuesten Gestaltung in letztrem. Hamburg. Perthes-Besser & Mauke. gr. 8. Geh. 3 Sgr.

9) Zeitschriften und casuistische Literatur.

Ackermann, Rechtssätze aus Erkenntnissen u. Verordnungen der obersten Justiz- u. Spruchbehörden des Königr. Sachsen. Neue Folge. 8. Bd. 1. Hft. Wurzen. Verlagscomtoir. gr. 8. ⅔ Thlr.

Allgemeine Gerichtszeitung für das Königr. Sachsen u. d. großherzogl. u. herzogl. sächs. Länder. Hrsg. v. F. O. Schwarze. 2. Jahrg. 1858. 1. Hft. Leipzig. Voigt & Günther. Lex. 8. halbjährig 2 Thlr.

Allgemeine Schwurgerichtszeitung f. Deutschland u. d. Schweiz. Hrsg. v. W. L. Demme. 2. Jahrg. 1858. N. F. Verlagsbureau der Allg. Schwurgerichtszeitung in Coburg. gr. 8. halbjährig 2 Thlr.

Archiv des Criminalrechts. Hrsg. v. J. F. A. Abegg, v. Arnold, F. M. B. Birnbaum 2c. N. F. 2. Abschn. Beilageheft zu 1857. A. u. d. T.: Register üb. d. Archiv d. Criminalrechts v. d. J. 1798—1856 incl. Braunschweig. Schwetschke & Sohn. 8. Geh. 1 Thlr.

Archiv des Civil- und Criminalrechts der Königl. Preuß. Rheinprovinzen. 53. Bd. od. N. F. 46. Bd. 1. Hft. Cöln. P. Schmitz. gr. 8. pro 4 Hfte. $2\frac{1}{3}$ Thlr.

Archiv für deutsches Wechselrecht. Hrsg. v. C. Siebenhaar u. Th. Tauchnitz. 6. Bd. 2. u. 3. Hft. Leipzig. B. Tauchnitz. gr. 8. à $\frac{2}{3}$ Thlr.

Archiv für Preußisches Strafrecht. Hrsg. v. Goltdammer. 6. Bd. 1. Hft. Berlin. Decker. Lex. 8. pro cplt. 5 Thlr.

Archiv für Rechtsfälle die zur Entscheidung des Königl. Ober-Tribunals gelangt sind. Hrsg. u. red. v. Th. Striethorst. N. F. 1. Jahrg. 1. Bd. Berl. 1858. Guttentag. gr. 8. pro 4 Bde. $4\frac{2}{3}$ Thlr.; einzelne Bde. $1\frac{1}{3}$ Thlr.

Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern. Red. C. A. Seuffert. 23. Jahrg, Nr. 1. Erlangen. Palm & Enke. gr. 8. pro cplt. 2 Thlr.

Blätter für Rechtspflege in Thüringen u. Anhalt unter Mitwirkung v. G. Emminghaus, Heerwart, Heimbach, R. Schmid hrsg. v. J. C. Hötzel. 5. Bd. od. Jahrg. 1858. Nr. 1. Jena. Frommann. gr. 8. Halbjährlich $1\frac{1}{3}$ Thlr.

Centralblatt für die Bureau-Beamten der Justiz. Red. v. R. Höinghaus u. J. Fenner. 5. Jahrg. 1858. Nr. 1. Berl. Geelhaar. gr. 4. pro cplt. baar $\frac{1}{4}$ Thlr.

Die Strafrechtspflege in Deutschland. Ztschrft. in zwanglosen Heften. 1. Heft. Weimar. Landes-Industrie-Comptoir. gr. 8. $\frac{1}{4}$ Thlr. 2. Heft. Ebendas. 12 Sgr.

Entscheidungen des Großherzogl. Mecklenburgischen O. A. G. zu Rostock. Hrsg. v. H. Buchka u. J. F. Budde. 2. Bd. Wismar. Hinstorff. gr. 8. Geh. $1\frac{1}{3}$ Thlr.

Entscheidungen des Königl. (Preuß.) Ober-Tribunals herausg. v. Zettwach, Decker u. Heinsius. 36. Bd. (3. Folge. 6. Bd.) 6 Hfte. Berl. 1858. C. Heymann. gr. 8. 2 Thlr.

Entscheidungen des Tribunals zu Celle mitgetheilt v. Wöltje, Wolde, Gerding ꝛc. 2. Aufl. der Entscheidungen v. 1. Sept. 1855 bis 1. Sept. 1857. Celle. Schulze in Comm. gr. 8. Geh. $\frac{1}{2}$ Thlr.

Gerichtshalle. Hrsg. v. J. Pisko. 2. Jahrg. 1858. Nr. 1. Wien. Wallishausser. Imp. 4. pro cplt. baar $4\frac{1}{3}$ Thlr.

Gerichtssaal. Beilageheft zum Novemberheft 1857. A. u. d. T.: der Prozeß Doineau. Kritische Darstellung d. vor dem Assisenhofe zu Oran verhandelt. Criminalproz. Erl. 1858. Enke. gr. 8. Geh. 12 Sgr.

Jahrbücher der dtschen. Rechtswissenschaft u. Gesetzgebung. Hrsg. v. H. Th. Schletter. 3. Bd. 3. Hft. Erl. Enke. gr. Lex. 8. $\frac{2}{3}$ Thlr.

Kritische Zeitschrift f. d. gesammte Rechtswissenschaft. Red. v. Dernburg, Hillebrand, Marquardsen u. Stintzing. 5. Bd. 1. Hft. gr. 8. Heidelb. Bangel & Schmitt. pro cplt. 4 Thlr.

Kritische Ueberschau der dtschn. Gesetzgebung u. Rechtswissensch. hrsg. v. Arndts, Bluntschli u. Pözl. 6. Bd. 1. Hft. München. Literar. artist. Anstalt. gr. 8. 24 Sgr.

Neues Archiv für Handelsrecht hrsg. v. J. F. Voigt u. C. Heinichen. 1. Bd. 1. Hft. Hamburg. Perthes-Besser & Mauke. gr. 8. $\frac{2}{3}$ Thlr.

Rottenburger katholisches Kirchenblatt. Für kirchl. Recht u. Leben. Red. A. Pfister. 2. Jahrg. 1858. Nr. 1. Spaichingen. Kupferschmid. gr. 4 pro cplt. 1 Thlr. 16 Sgr.

Sammlung interessanter Erkenntnisse aus dem gem. u. bayerischen Civil-

Rechte u. Prozesse. Hrsg. v. C. Arendts. Nördlingen. Beck. 5. Bd. 2. Hft. gr. 8. ½ Thlr.

Sammlung von Entscheidungen des O. A. G. zu Lübeck in Lübecker Rechtssachen. Hrsg. v. C. A. T. Bruhn. 1. Bd. Lübeck. v. Rohden in Comm. gr. 8. Geh. 2⅓ Thlr.

—— von seerechtlichen Erkenntnissen d. Handelsgerichts zu Hamburg nebst Entscheidungen der höheren Instanzen. Hrsg. v. W. Ullrich. 1. Hft. Hamb. Perthes-Besser & Mauke. gr. 8. ⅚ Thlr.

Zeitschrift f. Civilrecht u. Proceß. Hrsg. v. J. T. B. v. Linde, Th. G. L. Marezoll u. J. F. Schulte. N. F. 15. Bd. 1. Hft. Gießen. Ferber. gr. 8. pro cplt. 2 Thlr.

Zeitschrift f. d. Notariat. Hrsg. v. d. Verein f. d. Notariat in Rheinpreußen. 3. Jahrg. 1858. Nr. 1. Cöln. J. G. Schmitz in Comm. pro cplt. baar 2 Thlr.

Zeitschrift f. Gesetzgebung u. Rechtspflege des Kgr. Bayern. 4. Bd. 3. Hft. Erl. Enke. Lex. 8. Geh. 22 Sgr.

Zeitschrift f. Handelsgesetzgebung u. f. Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in Handelsrechtssachen. Hrsg. v. G. M. Kletke. 1. Jahrg. 1858. 1. Hft. Nürnberg. Raw. gr. 8. pro cplt. 2 Thlr. 24 Sgr.

Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verwaltung zunächst f. d. Königr. Sachsen. Hrsg. v. Th. Tauchnitz. N. F. 16. Bd. 4. u. 5. Hft. Leipz. B. Tauchnitz. gr. 8. à ⅓ Thlr.

Zeitschrift f. Rechtspflege im Herzogth. Braunschweig. Red. C. Gotthard u. C. Koch. 5. Jahrg. 1858. Nr. 1. Braunschw. Leibrock. Lex. 8. pro cplt. 1½ Thlr.

10) Gesetze und Gesetzsammlungen, populäre Literatur, Justizpolitik, encyklopädisch-lexikalische Werke und Anderes.

Anton, F. C., Bau-Gesetzsammlung, enth. sämmtl. Gesetze u. Verordnungen üb. Bau-Angelegenheiten. Schönebeck. Berger in Comm. 8. Geh. ¼ Thlr.

Bergordnung für das Herzogthum Nassau v. 18. Febr. 1857. 2. Aufl. Dillenburg 1858. Jacobi. 8. Geh. 8½ Sgr.

Beschorner, J. H., das dtsche. Eisenbahnrecht m. besond. Berücksichtigung d. Actien- u. Expropriationsrechts. Erl. Enke. Lex. 8. Geh. 1 Thlr. 22 Sgr.

Bohnstedt, C., Rechtspflege in Preußen unter L. Simons. Als Rechtswahrnehmung der Oeffentlichkeit übergeben. Altona. Verlags-Bureau in Comm. gr. 8. Geh ¼ Thlr.

Das neue Bergpolizeirecht Preußens. Essen 1858. Bädeker. 8. Geh. 6 Sgr.

Die bayrische Gesetzgebung über Jagdausübung, Wildschadenersatz u. Jagdfrevel mit den hierzu erlassenen Vollzugsnormen u. Polizeivorschriften. München. Finsterlin in Comm. 16. Cart. 4 Sgr.

Die auf Grund der Verfassungsurkunde erlassenen u. nach deren Berathung oder Genehmigung Seitens der Kammern verkündeten Gesetze f. d. Preuß. Staat. 8. Jahrg. 1857. Arnsberg. Ritter. 12. Geh. ⅙ Thlr.

Endemann, W., der Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuchs in seinen 3 ersten Büchern. Mittheilungen u. Bemerkungen. Erl. Enke. gr. 8. Geh. 24 Sgr.

Gesetze, Verordnungen u. Ausschreiben f. d. Kgr. Hannover hrsg. v. C. H. Ebhardt. 3. Folge. 1851—55. 3. Bd. Gött. Vandenhoeck u. Ruprecht. gr. 8. Geh. 2⅙ Thlr.

Gesetzsammlung f. d. Fürstenth. Schwarzburg-Sondershausen v. J. 1857. Sondershausen. Eupel in Comm. gr. 4. Geh. 2¼ Thlr.
—— f. d. Mecklenburg-Schwerin'schen Lande. 2. Folge. (vom Anf. dies. Jahrhunderts bis 1857.) Red. v. Raabe. 37. u. 38. Lfg. od. 6. Bd. 2. u. 3. Lfg. Wismar. Hinstorff. Lex. 8. Geh. à ¾ Thlr.
Gesetz- u. Verordnungsblatt f. d. Kgr. Sachsen. 1858. 1. Stück. Dresden. Meinhold & Söhne. gr. 4. pro cplt. 1 Thlr.
Haidinger's, A., Selbstadvokat oder gemeinverständl. Anleitung wie man sich in Rechtsgeschäften aller Art selbst vertreten kann 2c. 8. Aufl. Wien. Fr. Manz. Lex. 8. Geh. 1⅓ Thlr.
Handbuch für badische Juristen, eine Sammlung der f. d. badische Civilpraxis wichtigsten Gesetze, Verordnungen 2c. als Ergänzungen des Landrechts u. der Civilproceßordnung. Mannheim. Bensheimer. gr. 8. Geh. 2 Thlr.
Hocker, N., Sammlung der Statuten aller Actien- u. Commanditgesellschaften Deutschlands. 1. Bd. Die Banken. 1. u. 2. Lfg. Cöln 1858. W. Greven. Geh. à 1 Thlr.
Johow, R., Preußisch-Hohenzollern'sches Handbüchlein für Jedermann. Enth. einen kurzen Abriß der Verfassung u. Verwaltung d. Preuß. Staates 2c. 1. Lfg. Sigmaringen. Beck. gr. 8. Geh. ¼ Thlr.
Justizministerialblatt für die Preuß. Gesetzgebung u. Rechtspflege. Hrsg. im Bureau d. Justizministeriums. 20. Jahrg. 1858. Nr. 1. Berlin. K. Geh. Ob. Hofbuchdruckerei (Decker.) 4. pro. cplt. 2 Thlr.
Kurz, A., Rechtsfreund f. d. Kanton Bern, ein populäres Lehrb. d. bernischen Privatrechts m. Formularien. 2. Aufl. Zürich. Schultheß. gr. 8. Geh. 1 Thlr. 6 Sgr.
Landgemeindeordnung f. d. Fürstenthum Schwarzburg-Sondershausen. Sondershausen. Eupel. 8. Geh. ⅙ Thlr.
Möser, J., sämmtliche Werke. Neu geordnet durch B. R. Abeken. 2. Ausg. 1. u. 2. Thl. Berl. 1858. Nicolai. 8. Geh. à ½ Thlr.
Müller, C. F., die organischen Preßgesetze Preußens synoptisch zusammengestellt u. durch die ergangenen Novellen, Präjudicien u. Rescripte ergänzt u. erläutert. Berl. Gebr. Scherk. gr. 4. Geh. 18 Sgr.
Neue Gesetze u. Verordnungen 2c. f. d. Kgr. Bayern. 5. Bdchn. 5. u. 6. Lfg. München. Franz. 8. Geh. ⅓ Thlr.; auf Schreibpap. in gr. 8. 24 Sgr.
Neue Sammlung sämmtlicher in der Preuß. Rheinprovinz f. Rechtspflege u. Verwaltung Geltung habenden Preuß. Gesetze u. Verordnungen. 9. Suppl. Bd. od. des ganzen Werkes 16. Abth. Trier. Troschel. 8. Geh. 1 Thlr.
Rechtslexikon 2c. hrsg. v. J. Weiske. 12. Bd. 2. 3. 4. Lfg. Leipz. O. Wigand. gr. 8. Geh. ⅔ Thlr. Velinpap. ⅚ Thlr.
Sammlung d. Gesetze, Verordnungen u. Ausschreiben f. d. Kgr. Hannover v. J. 1858. Nr. 1. Hannover. Helwing in Comm. gr. 4. pro cplt. 2 Thlr.
Sammlung d. Gesetze u. Verordnungen im Justiz-Fache f. d. Kaiserth. Oesterreich. 9. Bd. Vom 1. Oct. bis Ende Dec. 1852. Wien. F. Manz. br. 8. Geh. baar 1 Thlr. 4 Sgr. 10. Bd. Vom 1. Jänner bis Ende April 1853. Ebendas. Geh. baar 1 Thlr. 4 Sgr.
Sammlung der sämmtlichen seit dem 1. Jänner 1826 bis Ende December 1855 für Böhmen ergangenen geistl. Gesetze u. Verordnungen. Hrsg. v. A. Schimon. 6 Hfte. Prag. Credner in Comm. gr. 8. Geh. 1 Thlr.
—— der Verordnungen der freien Hansestadt Hamburg seit 1814. 26. Bd. Verordnungen v. 1857. Bearb. v. J. Lappenberg. Hamb. Meißner. r. 8. Geh. 2 Thlr. Schreibpap. 2⅔ Thlr.

Schomburg, J. A., Betrachtungen üb. d. neuere dtsche Berggesetzgebung m. Rücksicht vornehmlich auf Oesterreich, Preußen, Sachsen u. Thüringen. Leipz. Voigt & Günther. gr. 8. Geh. 2⅓ Thlr.

Schübler, E., Normaltestamente. Ein Mittel, dem Stand der Landwirthe u. Bauern Wohlstand u. Achtung zu sichern. Stuttgart. Neff. gr. 8. Geh. 4 Sgr.

Städteordnung f. d. Fürstenth. Schwarzburg-Sondershausen. Sondershausen. Eupel. 8. Geh. ⅙ Thlr.

Strafgesetzbuch f. d. Preuß. Staaten. Nebst den dasselbe ergänzenden u. abändernden bis einschließlich 1856 erlassenen Gesetzen. Berl. Martens. 8. Geh. ⅙ Thlr.

Terminkalender auf d. J. 1858. Sulzbach. v. Seydel. gr. 4. Geh. ¼ Thlr.

Ueber die ländliche Erbfolge. Erörterungen der diesen Gegenstand betreffenden Anträge der Grafen v. Itzenplitz u. v Beissel-Gimnich, zugleich m. Rücksicht auf denkende Gutsbesitzer der Rheinprovinz geschrieben v. e. Rheinländer. Wesel. Voß & Fincke. gr. 8. Geh. ¼ Thlr.

Walcher, K., Populäre Vorträge üb. d. Wechselrecht gehalten im Stuttgarter Gewerbe-Verein. Schwäb. Hall. 1858. Nitzschke. 8. Geh. ⅓ Thlr.

Walter, F., Erklärung zu den Preuß. Jahrbüchern. Bonn. Marcus. gr. 8. Geh. 2½ Sgr.

11) Ausländisches Recht.

Archbold, J. F., The Practice of the Court of Quarter Sessions and Jurisdictions; with Forms of Indictment, Notices of Appeal etc. 2. edit. London 1857. 12. 6 Thlr. 12 Sgr.

Baker, T., The Laws relating to Burial; with Notes, Forms and Practical Instructions 2. ed. etc. London 1857. 12. 2 Thlr. 12 Sgr.

Bastard-d'Estang, Les Parlaments de France. Essai historique sur leurs usages, leur organisation et leur autorité. 2 Vls. 8. Paris. Didier & Co. 18 Fr.

Blumer, J. J., Staats- u. Rechtsgeschichte der schweizer. Demokratien. 2. Thl. Die neuere Zeit. 1. Bd. St. Gallen 1858. Scheitlin u. Zollikofer. gr. 8. Geh. 2 Thlr.

de Brandner, Em., Répertoire général des décisions judiciaires et administratives en Belgique depuis 1818 jusqu'en 1855 en matière d'enregistrement, de timbre, de greffe, d'hypothèque, de notariat, de succession etc. composé de la refonte, par ordre alphabétique et chronologique, des arrêtes, jugements, décisions etc. Livre 1. Bruxelles 1857. 8. 1 Thlr. 6 Sgr.

Browne, Cansten, A Treatise on the Construction of the Statute of Frauds (29 Car. II c. 3) as in Force in England and the United States; with an Appendix containing the existing English and American Statutes. Boston 1857. 8. 8 Thlr 10 Sgr.

Burdet, Exposition de la doctrine romaine sur le régime dotal, tirée des textes originaux et rapprochée des changements introduits par la jurisprudence des Parlaments et le Code Napoléon, avec une introduction historique. Paris 1857. 8.

Cantalupi, Ant., La scienza e la pratica per la stima della proprietà stabili. Fasc. 7. Milano 1857. 8. 17½ Sgr.

Carabelli, Aless., Il diritto ipotecario vigente nel regno Lombardo-Veneto trattato in relazione al universale giurisprudenza. Vol. II. Milano 1857. 8. 4 Thlr.

Championnière et Rigaud, Traité des droits d'enregistrement, de timbre, d'hypothèque et des contraventions à la loi du 25 ventôse an XI, contenant l'examen, sous un nouveau jour, de tous les principes du droit civil etc. Nouvelle édition. Livr. 1—10. Bruxelles 1857. 8. à Lfg. 1 Thlr.

Chronologisk Samling af de i Kong Christian den Ottendes Regjeringstid udstedte Forordninger, Rescripter o. s. v. for Hertugdømmet Slesvig. II Bind. 1843—44. Kjøbenhavn 1857. 4. 3 Thlr. 10 Sgr.

Chiesi, L., Il sistema ipotecario illustrato. Vol. IV. Firenze 1856. 8. 1 Thlr. 15 Sgr.

Desportes, F., Essai historique sur les enfants naturels. Paris 1857. 8. 20 Sgr.

Dubarry, J., Code de l'instruction primaire et de salles d'asile ou Recueil complet de lois, décrets et instructions ministérielles rendues sur ces deux importantes matières depuis 1850 suivi d'une table alphabétique et analytique. Paris 1857. 12. 1 Thlr. 10 Sgr.

Duchesne, E., Table analytique des arrêts de la cour de cassation rendus en matière criminelle depuis le 1. Vendémier an VII (1798) jusqu'au 31. Décembre 1856, rédigée d'après les ordres de S. E. M. le garde des sceaux, ministre de la justice, sous la direction de M. de Carnières, directeur des affaires criminelles et des grâces. Tome III. Forêts, pêche maritime. Paris 1857. 8. 2 Thlr.

Dufour, Gbr., Traité général de droit administratif appliqué, ou Exposé de la doctrine et de la jurisprudence concernant de l'autorité du chef de l'Etat, de ministres etc. 2. édition. Tome VI und VII. Paris. 8. pro Band 2 Thlr. 20 Sgr.

Est- u. Livländische Brieflade. Eine Sammlung v. Urkunden zur Adels- u. Gütergeschichte Est- u. Livlands. Hrsg. v. F. G. v. Bunge u. R. v. Toll. I. Thl. 1. Bd. u. 2. Bd. 1. u. 2. Lfg. Reval 1856. 57. Kluge in Comm. Geh. 7½ Thlr.

de Gaspari, M., La Competenza dei giudici di mandamento negli Stati di S. M. il Re di Sardegna. Vol. I. Disp. 1a—4a. Genova, 1856—57. 8. pro Lfg. 15 Sgr.

Le Gentil, C., Dissertations juridiques sur quelques-uns des points les moins éclaircis ou les plus controversés, en doctrine et en jurisprudence. 2 Vols. Paris 1857. 8. 5 Thlr.

Grosse, Commentaire ou explication au point de vue pratique de la loi du 23. mars 1855, sur la transcription en matière hypothécaire, précédé d'une introduction historique sur le droit hypothécaire, etc. Paris 1857. 8. 2 Thlr.

Hélie, F., Traité de l'instruction criminelle, ou théorie du code d'instruction criminelle. Organisation, compétence, et procédure des tribunaux de police et des tribunaux correctionels. Vol. VII. Paris 1857. 8. 3 Thlr.

Jeannest Saint-Hilaire, A., Du Notariat et des Offices. Paris 1857. 8. 2 Thlr.

Ineichen, A., Populäre Staatsverfassungsgeschichte der Schweiz. Leipz. 1856. Gerhard in Comm. gr. 12. Geh. 1 Thlr. 12 Sgr.

Journal des tribunaux de commerce, contenant toutes les décisions importantes rendues en matière commerciale, par le tribunal de commerce de la Seine, la cour impériale de Paris, la cour de cassation, et les autres cours et tribunaux, présentant l'exposé complet de la jurisprudence et de la doctrine des auteurs en matière de commerce par M. M. Teulet et Camberlin. Tome V. Paris 1857. 3 Thlr. 10 Sgr.

Jurisprudencia administrativa. (Prima época.) Coleccion completa de las decisiones dictadas á consulta del Consejo Real desde su instalacion en 1846 hasta su supresion en 1854. Tomo I. Madrid 1857. 4. 2 Thlr. 24 Sgr.

Kaiser, S., die Wissenschaft des schweizer. Rechts. I. A. u. d. T.: Schweizerisches Staatsrecht in drei Büchern dargest. 1. Buch. St. Gallen 1858. Scheitlin u. Zollikofer. gr. 8. Geh. 1 Thlr. 18 Sgr.

Keble, J., Sequel of the Argument against immediately Repealing the Laws which treat the Nuptial Bond as indissoluble. London 1857. 8. 1 Thlr. 24 Sgr.

Mallein, J., Considérations sur l'enseignement du droit administratif. Paris 1857. 8. 2 Thlr.

Manual completo de desamortizacion civil y eclesiástica, por D. Ign. Miquel y D. José Reus. Madrid 1856. Duron. 1 Thlr. 18 Sgr.

Massol, M., De l'Obligation naturelle, en droit romain et en droit français. Paris 1858. Durand. 8. 5 Fr.

Marron y Villodas, Fr., Nueva teoría sobre la division y funcionamiento de los tres poderes, legislativo, gubernativo y judicial, en los gobiernos liberales. Madrid 1857. 1 Thlr. 6 Sgr.

Mémoire et dispositions sur les églises et biens conventueles de la Moldavie. Réglement pour la réorganisation de l'instruction publique dans la Principauté de Moldavie. Publiés par ordre du Département des Cultes et de l'Instruction publique. Jassy 1857. 8. 1 Thlr.

Nederlandsche Regtspraak of verzameling van arresten en gewiisden van de Hoogen Raad der Nederlanden en verdere Regtscollegiën. Vervolgd door J. M. N. De Sijselaar. D. LV. Jaarg. 1857. 1. deel. 's Gravenhage. Per jaarg. 10 Fl.

Pouget, L., Des droits et des obligations des divers commissionaires ou de la commission en matière d'achats et ventes, opérations de banque, assécurances, navigation fluviale et maritime, transport par messageries, chemins de fer etc. Ouvrage suivi d'une table alphabétique de la matière et de jurisprudence. Tome II. Paris 1857. 2 Thlr. 20 Sgr.

Pouget, M. L., Principes de droit maritime, suivant le code de commerce français; analogie avec les lois ou codes étrangers etc. 2 Vols. Paris. A. Durand. 8. 16 Fr.

Raisini, S., Raccolta delle decisioni del supremo tribunale di revisione degli stati Estensi e studi teorico-pratici relativi a materie di diritto. Tome I. Reggio 1856. 8.

Rignano, J., Saggio di un manuale del diritto publico interno della Toscana. Firenze 1857. 1 Thlr. 20 Sgr.

Schopf, Fr. J., Handb. d. Forstverfassung, d. Forstrechts u. der Forstpolizei f. d. Kronländer Ungarn, Croatien u. Slavonien, Siebenbürgen etc. Pesth 1858. Heckenast. gr. 8. Geh. $1\frac{1}{3}$ Thlr.

Segesser, A. P. v., Rechtsgeschichte der Stadt u. Republik Luzern. 3. Bd. 2. Lfg. 4. Bd. 1. Lfg. Luzern. Gebr. Räber. gr. 8. Geh. à 24 Sgr.

Спасовичъ, В., объ отношеніяхъ супруговъ по имуществу подревнему праву польскому разсужденіе представленное юридическому факултету императорскаго университета. Санктпетербургъ 1857. 8. 2 Thlr.

Spasowitsch, W., Ueber die Verhältnisse der Eheleute hinsichtlich des Vermögens nach altem polnischen Recht. Petersburg.

Statistica giudiziaria penale degli Stati Sardi per l'anno 1853, e ragguagli comparativi con gli anni 1854 e 1855 e con altri anni anteriori. Torino 1857. 4. 8 Thlr.

Texte officiel de la constitution fédérale suisse et de 25 constitutions cantonales en vigueur. Leipz. Gerhard in Comm. Geh. 1⅓ Thlr.
Tkalac, E. J. v., das Staatsrecht des Fürstenthums Serbien. Leipz. Breitkopf u. Härtel. gr. 8. Geh. 1½ Thlr.
Turchiarulo, A., La proprietà letteraria. 8. Nap.
Ulloa, P. C., di Nicola Nicolini delle sue opere e dottrine in ragione penale. 8. Nap.
Véron-Kéville, Essai sur les anciennes jurisdictions d'Alsace. Colmar. 1857. 2 Thlr.

Recensionenverzeichniß.

(November 1857 bis März 1858.)

Actenstücke betr. d. Trennung der Justiz v. d. Verwaltung. (Münch.) Krit. Ueberschau VI. I.
Aegidi, der Fürstenrat nach d. lüneviller Frieden. Haimerl, Mag. 8.
Ahrens, Jurist. Encyklopädie. Kath. Lit. Ztg. 49. Lit. Centralbl. 1858. 3. Schletter, Jahrb. III. 3. (Münch.) Krit. Ueberschau VI. I.
Allgemeine Gerichtsztg. f. d. Kgr. Sachsen. D. Gerichtssaal. 12.
Allgemeine Schwurgerichtsztg. Literar. Mittheilungen der St Galler Bl. 15.
Archiv d. Kriminalrechts. D. Gerichtssaal 12.
Archiv f. kathol. Kirchenrecht. Kath. Lit. Ztg. 4.
Beckhaus, die Gaianischen Institutionen-Commentarien. Lit. Centralbl. 48.
Beiträge zum Preußisch. u. dtschn. Kirchenrecht. Liter. Centralbl. 46.
Bekker, Theorie des dtschn. Strafrechts. Westminster Review. 25. (Heidelb.) Krit. Ztschr. V. 2. Die Strafrechtspflege in Dtschland. 2.
Berlin, Verpfändung von Forderungen. Schletter, Jahrb. III. 3.
Berner, Lehrb. d. dtschn. Strafrechts. Goltdammer, Archiv. V. 5.
Beschorner, das dtsche. Eisenbahnrecht. Goltdammer, Archiv. VI. 1. Dtsche. allg. Ztg. 63.
Bessel u. Kühlwetter, Preuß. Eisenbahnrecht. Köln. Ztg. 247.
Bischof, Oesterreichische Stadtrechte. (Heidelb.) Krit. Ztschr. V. 1. Haimerl, Magaz. 5. Kathol. Liter. Ztg. 11.
Blätter für Rechtsanwendung in Bayern. D. Gerichtssaal. 12.
Blaschke, das österreich. Wechselrecht. Haimerl, Magaz. 4.
Bluhme, Encyklopädie. (Münchner) Krit. Ueberschau VI. 1.
Bluntschli und Brater, Staatswörterbuch. Didaskalia 201. Gersdorf, Repertor. 1.
Bodemeyer, Hannoversche Rechtsalterthümer. Mag. f. hannov. Recht. 3. Anz. f. d. Kunde dtschr. Vorzeit. 12. Gersdorf, Repertor. 4.
Brauer, dtsche. Schwurgerichtsgesetze. Didaskalia. 39.
Brozowsky, die Lehre v. d. Wechseln. Haimerl, Magaz. 9.
Budden, Preuß. Civilproz. Schles. Ztg. 1857. 561.
Bulgari ad D. Tit. de R. J. etc. comm. ed. Beckhaus. Schletter, Jahrb. III. 3.
Chlumecky, Einige Dorfweisthümer aus Mähren. (Heidelb.) Krit. Ztschr. V. 1.
Costa, Bibliographie der dtschn. Rechtsgeschichte. Kathol. Literaturztg. 11.
du Cussy, Phases et causes célèbres du droit maritime. Haimerl, Mag. 6.
Cysar, Handb. d. österr. Gebührengesetzes. Haimerl, Mag. 4.
Dahn, Gottesurteile. Beil. zur Augsb. Postzeitung 21.

v. Daniels, Rechtsdenkmäler des dtschn. Mittelalters. (Heidelb.) Krit. Ztschr. V. 1.
Dankwardt, Nationalökonomie und Jurisprudenz. D. Gerichtssaal 12. Ztg. f. Norddeutschl. 2754. Volkswirthschaftl. Mtsschr. 2.
Darstellung der Ergebnisse der Strafrechtspflege. Goltdammer, Archiv. VI. 1.
Delius, Uebersicht des Preuß. Kirchenrechts. Haimerl, Mag. 3.
Demelius, Legem quae ad ius civile spectant fragmenta. Kath. Literat. Ztg. 51. Heidelb. Jahrb. 54. Lit. Centralb. 1858. 8. Gersdorf, Repert. 3.
Die Strafrechtspflege in Deutschland. D. Gerichtssaal. 12. Goltdammer, Archiv VI. 1. Literar. Centralb. 12.
Dirksen, die römischrechtl. Quellen des Magister Dositheus. Gersdorf, Repertor. 20. Literar. Centralb. 48.
Dirksen, Ein Beitrag zur Auslegung der epigraph. Urkunde einer Städteordnung f. Salpensa. Gersdorf, Repertor. 20. Liter. Centralbl. 49.
Dittmer, die lübeckischen Wassermühlen. Literar. Centralbl. 12.
Dollmann, d. Gesetzgebung des Kgr. Bayern. Goltdammer, Archiv. V. 5.
Dümmler, das Formelbuch des Bischofs Salomo III. von Constanz. Gersdorf, Repertor. 22. Literar. Centralbl. 1.
Dürrscheidt, Zur Lehre v. d. Verbandhypotheken. Haimerl, Mag. 8.
Edel, d. bayer. Gesetze v. 1. Juli 1856. (Münch.) Krit. Uebersch. VI. 1.
Eichhorn, Kirchenrecht. Literar. Beil. z. Freib. Kathol. Kirchenbl. 4.
Emminghaus, Corp. iur. german. Haimerl, Mag. 5.
Euler, Handb. d. Notariats in Preußen. Spener'sche Ztg. 19.
Faltin, Ueb. d. Anzeigebeweis in Livland. D. Gerichtssaal 12. (Heidelb.) Krit. Ztschr. V. 2. Gersdorf, Repertor. 3. Goltdammer, Archiv VI. 1. Die Strafrechtspflege i. Dtschl. 2
Ficker, Ueb. einen Spiegel dtscher Leute. Kath. Literat. Ztg. 4. Literar. Centralbl. 10.
Fischer, Preußens kaufmänn. Recht. Haimerl, Mag. 6.
Fischer, Ueb. d. Errichtung staatswissenschaftl. Seminarien. Lit. Centralbl. 47.
Förster, Klage u. Einrede nach Preuß. Recht. Schles. Ztg. 241. 453. Breslauer Ztg. 487.
Formularienbuch f. Advokaten u. Notare. Haimerl, Mag. 5.
Franklin, Magdeb. Weisthümer. Schletter, Jahrb. III. 3.
Friedländer, der Rechtsschutz gegen Nachdruck. Gött. gel. Anzeigen. 204—206.
Gaupp, Vom Fehmgerichte. Gersdorf, Repertor. 22. Schles. Ztg. 491.
Geyer, die Lehre v. d. Notwehr. Lit. Centralbl. 8. Gersdorf, Repertor. 3.
Ginzel, Kirchenrecht. Lit. Beil. z. Freib. kath. Kirchenbl. 5. Archiv. f. kathol. Kirchenr. II. 3. 4. Theolog. Quartalschrift. 4. Lit Centralbl. 4.
Gitzler, Geschichte d. Quellen d. Kirchenrechts. Haimerl. Magaz. 3.
Gneist, Geschichte u. Gestalt der Aemter in England. Kath. Lit. Ztg. 45. 46. Beil. zur Augsb. Postztg. 263.
Grohmann, d. Begriff d. Rechts. Literar. Centralbl. 47.
Grohmann, das Schwurgericht. Literar. Centralb. 11. Goltdammer, Archiv. VI. 1.
Haenel, Corpus legum. Literar. Centralbl. 44.
Hauber, Recht u. Brauch der evangel. Kirche in Württemb. Z. theolog. Literaturbl. 42.
Held, System d. Verfassungsrechts. Ztg. f. Norddeutschl. 2723. Kath. Lit. Ztg. 10.
v. Helmolt, die Correalobligationen. (Heidelb.) Krit. Ztschr. V. 2.
Herbst, die grundsätzl. Entscheidungen des oberst. Gerichtshofs ꝛc. Haimerl, Mag. 8.

Makower, Die Stellung der Vertheidigung. Goltdammer, Archiv. V. 5.
Manger, das österr. Bergrecht. Oesterr. Ztg. f. Berg- u. Hüttenw. 8. Schles. Ztg. 597.
Marcadé, Abriß des französ. Civilrechts. Schletter, Jahrb. III. 3.
Mayer, Verwaltungsrecht. Literar. Centralbl. 48.
de Martens, Nouveau recueil de traités. (Heidelb.) Krit. Ztschr. V. 1.
Martin, Lehrb. des Kriminalproz. (Heidelb.) Krit. Ztschr. V. 1.
v. Maurer, Markenverfassung. Didascalia 39.
Mejer, Institutionen d. Kirchenrechts. Literar. Beil. z. Freiburg. Kathol. Kirchenbl. 4. 3. theol. Literaturbl. 47.
Meiller, Oesterreichische Strafrechte u. Satzungen. (Heidelb.) Krit. Ztschr. V. 1.
Mohl, Ein Beitrag zur Erörterung d. dtschn. Handelsgesetzbuchs. Volkswirthschaftl. Mtsschr. 2.
Müller, Zusammenstellung der organischen Prozeßgesetze Preußens. Schles. Zeitng. 561.
Molitor, Kanon. Gerichtsverfahr. Wiener Kirchenztg. 90. 91.
Moy d. Sons, Grundlinien einer Philosophie ds. Rechts. Deutschland 261.
Müller, d. gesammte Preuß. Straftgesetzgebung. Westphäl. Ztz. 248.
Müller, Lexikon des Kirchenrechts. Lit. Beil. z. Freiburg. Kath. Kirchenbl. 4.
Neigebaur, Edicta regum Langobardorum. Hamb. literar. u. krit. Blätter 92.
Nizze, das allg. Seerecht. Allg. dtsche. Mil. u. Marineztg. 45. Magaz. f. hannoverisch. Recht 3. D. Gerichtssaal. 12. Liter. Centralbl. 4. Monatsschrift für dtschs. Städtewesen. 2.
Nöllner, das monarch. Prinzip. Weimarer Ztg. 211.
Nöllner die Einheitsbestrebungen. Schles. Ztg. 569. Hannov. Courir. 1065.
v. Oesfeld, Preußens in staatsrechtl. Beziehung. Spenersche Ztg. 283. Literar. Centralbl. 10.
Ortloff, die Encyklopädie der Rechtswissenschaft. Kath. Lit. Ztg. 50. Heidelb. Jahrb. 8. 9.
Osterloh, Lehrb. d. Civilproz. Haimerl, Mag. 3.
—— ——, die summar. bürgerl. Prozesse. Gersdorf, Repertor. 22.
Otto, De Atheniensium actionibus forensibus. N. Jahrb. f. Philologie 11.
Pagenstecher, d. römische Lehre v. Eigenthum. Lit. Centralbl. 6.
Permander, Handb. d. Kathol. Kirchenrechts. Lit. Beil. z. Freiburg Kathol. Kirchenbl. 4.
Pertz, Ueb. einige HSS. dtschr. Rechtsbücher. Lit. Centralbl. 11.
Phillips, dtsche. Reichs- u. Rechtsgeschichte. Haimerl, Mag. 5. Schletter, Jahrb. III. 3.
Phillips, Kirchenrecht. Lit. Beil. z. Freib. Kathol. Kirchenbl. 5. Arch. f. kathol. Kirchenr. II. 3. 4. Haimerl, Mag. 10.
Pruner, Lehre vom Rechte. Beil. zur Augsb. Postztg. 256. 44. Deutschland 241. Kathol. Lit. Ztg. 48.
Pufendorf, die öffentliche Klage der Staatsanwaltschaft. Mag. f. hannov. Recht 3.
Renaud, Lehrb. d. Wechselrechts. Kath. Lit. Ztg. 9.
Richter, Kirchenrecht. Liter. Beil. z. Freib. Kathol. Kirchenbl. 4.
Röder, Verbesserung des Gefängnißwesens. (Heidelb.) Krit. Ztschr. V. 1. Haimerl, Magaz. 4.
Rößler, Staatslehre. Dtschs. Museum 47.
Roßhirt, Kanon. Recht. Literar. Centralbl. 45. Literat. Beil. zum Freib. kathol. Kirchenbl. 5.
Roßhirt, Kirchenrecht. Kathol. Literat. Ztg. 10.

Walter, Jurist. Encyklopädie. Kath. Lit. Ztg. 2. Schletter, Jahrb. III. 3. (Münchn.) Krit. Ueberschau VI. 1.
Walter, Kirchenrecht. Lit. Beil. zum Freib. Kathol. Kirchenbl. 3.
Wasserschleben, Jurist. Abhandlungen. Spener'sche Ztg. 261. Ztg. für Norddeutschland 2700. Deutschland 260. Breslauer Ztg. 553. Heidelb. Jahrb. 51. 52.
Warnkönig, Jurist. Encyklopädie. (Münchner) Krit. Ueberschau VI. 1.
Weiske, Rechtslexikon. (Münchner) Krit. Ueberschau VI. 1.
v. Völderndorff, d. Form der Rechtsgeschäfte. (Heidelb.) Krit. Ztschr. V. 2.
Zachariä, d. Coburger Unters. Proz. wider Dr. Fischer. Dtschs. Museum 9. Goltdammer, Archiv. VI. 1.
Zeitschrift f. schweizerische Rechtspflege. D. Gerichtssaal 12.
Zell, Leges municipales Salpensana et Malacitana. Gersdorf, Repertor. 20. Heidelb. Jahrb. 7.
v. Zbyszewski, Nachschlagebuch zur österr. Wechselordn. Haimerl, Mag. 7.

Druck von C. P. Melzer in Leipzig.

IX.

Ueber den Inhalt des rubrischen Gesetzes.

Von Theodor Mommsen.

Die Bearbeitung der erhaltenen vierten Tafel des rubrischen Gesetzes zum Zwecke der Herausgabe desselben in der Sammlung der lateinischen Inschriften aus republikanischer Zeit hat mich veranlaßt den Inhalt der übrig gebliebenen Kapitel und namentlich deren Stellung im Rechtssystem einer neuen Untersuchung zu unterwerfen, deren Ergebnisse ich hier vorlege. Denn obwohl dieselben in sehr vielen Stücken nicht neu sind, sondern häufig zusammentreffen einerseits mit den Ausführungen Puchtas über das rubrische Gesetz (Ztschr. für gesch. Rechtswiss. 10, 195 flg. = kleine civilist. Schriften S. 518 flg.), andererseits mit denen Leists (Geschichte der röm. Rechtssysteme. 1850) und mehr noch Rudorffs (röm. Rechtsgeschichte 1, 270 fg.) über die römische Rechtssystematisirung, so glaube ich doch auch wieder manches schärfer oder anders, als es bisher geschehen ist, bestimmen und damit die abermalige Behandlung dieses keineswegs unwichtigen Gegenstandes rechtfertigen zu können.

Es ist ganz unzweifelhaft und hat auch jedem, der sich mit diesem Gegenstande beschäftigte, sofort sich aufgedrängt (Huschke, Gaius S. 236. Leist S. 39. Rudorff 1, 214), daß die Ordnung der rubrischen Gesetzes nur die des prätorischen Edicts sein kann. Denn nicht bloß berücksichtigt dasselbe fast in jedem der erhaltenen Capitel die prätorische Jurisdiction; nicht bloß ist die Nebeneinanderstellung der **operis novi nuntiatio** und der **damni infecti cautio** augenfällig dem prätorischen Edict entlehnt; sondern es liegt auch

vor allen Dingen ein solcher Anschluß mit zwingender Nothwendigkeit in dem rechtlichen Verhältniß des rubrischen Gesetzes und des Edicts selbst. Denn dieses war die Gerichtsordnung für Rom, jenes die Gerichtsordnung für die cisalpinischen Municipalgerichte; bekanntlich aber stehen im römischen Staat die römischen und die municipalen Gerichte in dem Verhältniß von Regel und Ausnahme, so daß nach ursprünglichem und ordentlichem Recht jene in allen Sachen allein competent sind, diesen nur eine singuläre auf speciellen Ausnahmegesetzen beruhende Gerichtsbarkeit zukommt. Wer also die Prozeßordnung für eine bestimmte Landschaft ausarbeitete, arbeitete in der That eine provinzialrechtliche Novelle zu der Reichsprozeßordnung und konnte nicht umhin, sich dieser von Titel zu Titel anzuschließen. Die von Caesar beabsichtigte legislatorische Redaction des Edicts und das von ihm veranlaßte rubrische Gesetz für Oberitalien verhalten sich genau wie das preußische allgemeine Landrecht und das ost- und westpreußische Provinzialrecht, nur daß Caesar nicht das Privatrecht, sondern den Prozeß zu reguliren sich vorgesetzt hatte und nicht mit dem Allgemeinen, sondern mit dem Besondern begann.

Soll daher das System des rubrischen Gesetzes ermittelt werden, so müssen wir uns zunächst wenden an das des Edicts. Diese Ordnung nun ist im Allgemeinen wohlbekannt, wie die folgende Uebersicht sie zusammenfaßt:

1) Jurisdiction im Allgemeinen.
2) Ladung, Legitimation zur Sache u. dgl. m.
3) Vindicationen (Erbschaften, einzelne Sachen, Servituten).
4) pauperies und damnum iniuria datum.
5) Theilungsklagen (fin. reg., fam. herc., comm. div.).
6) Verdopplung des Klagobjects im Leugnungsfall, Theilung desselben unter die Bürgen.
7) Befragung in iure und Eid[1]).
8) de effusis et deiectis, de servo corrupto, de aleatoribus[1]).

1) Die Nummern 7 und 8 stehen bei Julian und Ulpian hier, bei Gaius und Paullus am Schlusse des miscellanen Abschnitts 2.

9) ad exhibendum.
10) si mensor falsum modum dixerit.
11) de religiosis[2]).
12) condictio certi, constitutum.
13) commodatum, pignus.
14) adjecticische Modalitäten der Contractsklagen: exerc., ad l. Rhod., instit., trib.; Haussohn- und Sclavencontracte; Compensation, depositum[3]) und fiducia; Zinsen.
15) mand., pro soc., emptio vend., loc. cond.
16) de re uxoria.
17) de tutelis.
18) de furtis.
19) de operis libertorum.
20) de mortui bonis possidendis.
21) de testamentis.
22) de legatis.
23) de operis novi nuntiatione, damni infecti, aquae pluviae arcendae.
24) de liberali causa.
25) vi bonorum raptorum.
26) de possessione et usucapione.
27) de iniuriis.
28) de re iudicata et vivi bonis possidendis.
29) interdicta.
30) exceptiones.
31) stipulationes praetoriae[4]).

Diese Ordnung oder Unordnung ist die des julianischen Edicts. Ueber das vor Julian im Edict befolgte System liegen directe Zeugnisse nicht vor. Man könnte zwar Gaius Commentar zum edictum provinciale auf das vorjulianische Edict beziehen wollen; denn ob-

2) Abschnitt 11 steht bei Gaius zwischen Abschnitt 22 und 23.
3) Gehört nicht hierher, ist aber durch die fiducia in diesen Zusammenhang hineingezogen.
4) Gaius stellt die Abschnitte 30. 31 um.

wohl darin Julian häufig angeführt wird und die Abfassung des Werkes unter Antoninus Pius außer Zweifel ist[5]), so ließe sich vielleicht annehmen, daß die Provinzialstatthalteredicte durch die von Hadrian veranlaßte Edictrevision nicht berührt worden seien. Allein theils die unzweifelhafte Tendenz dieser Codification das Edictrecht in sich auszugleichen und zum Reichsrecht zu erheben, theils die völlige Uebereinstimmung des gaischen Werkes ad edictum provinciale im System mit den gewöhnlichen Edictcommentaren, theils besonders die mit den früheren Ordnungen durchaus unvereinbare Voraussetzung eines allen Provinzen gemeinsamen Edicts machen es nöthig, vielmehr anzunehmen, daß dieses edictum provinciale eben gar nichts ist als das julianische nach Abzug der Abschnitte, die, den Verhältnissen oder ausdrücklichen Bestimmungen zufolge, nur für Rom zur Anwendung kamen. Wahrscheinlich stehen damit auch die Commentare des Gaius zu einzelnen Titeln des edictum praetoris urbani de damno infecto, de praediatoribus, de publicanis u. s. w. in Verbindung; für die erstgenannte Lehre ist es ausgemacht und für alle wahrscheinlich, daß hier das hauptstädtische Recht nicht oder doch nicht ganz allgemeines Reichsrecht war, und darum bedurften sie noch neben dem ‚edictum provinciale‘ einer besonderen Bearbeitung. Sehr deutlich aber erscheint wieder in dieser Behandlung des Edicts, daß Gaius kein römischer, sondern ein Provinzialjurist war, worauf auch anderweitige Anzeichen unverkennbar hindeuten. — Insofern also stände der Annahme von Leist (Rechtssyst. S. 59) nichts im Wege, daß die vier oben mit 16. 17. 21. 22. bezeichneten Abschnitte erst durch Julian an diesen Platz gekommen seien, wenn sie nur sonst sich wahrscheinlich machen ließe. Allein dies ist nicht der Fall. Das dafür angeführte byzantinische

5) L. 11 pr. D. de iurisd. 2, 1.; l. 42 D. de don. int. vir. et ux. 24, 1. Der hier genannte regierende Kaiser Antoninus kann nicht Marcus Aurelius sein, wie Zimmern R. G. 1, 345 A. 31 will, sondern nur Pius, da der Edictcommentar älter ist als das erste Buch der Institutionen (Gaius 1, 188), dieses aber bekanntlich noch unter Pius geschrieben ward. Eine dem julianischen Edict einzuverleibende Vorarbeit, wie Rudorff R. R. G. 1, 268 A. 4 meint, kann das nach Hadrians Tode geschriebene Werk des Gaius nicht gewesen sein.

Zeugniß ist nicht blos von sehr zweifelhafter Autorität, sondern sagt auch nichts weiter, als daß Julian „über jede Rechtsmaterie das „zerstreute Material gesammelt und vereinigt habe, das Eherecht in „ein Buch, das Vormundschaftsrecht für sich, das Recht der Vermächtnisse und überhaupt alles und jedes;" worin augenscheinlich bloß die Ueberlieferung, daß Julian das Edict geordnet habe, im Anschluß an das Patent Justinians Omnem §. 1 amplificirt, keineswegs die Einfügung der beispielsweise genannten drei Abschnitte und eines vierten nicht genannten aus dem Civilrecht in das Edict berichtet wird. Innere Gründe aber sprechen für Leists Annahme noch weniger. An eine eigentliche Hinzufügung der vier ausgehobenen Lehren kann auf keinen Fall gedacht werden, da, wenn auch in denselben das prätorische Edict nicht von so durchgreifender Bedeutung gewesen ist wie in anderen, es doch darüber nichts bestimmt, auch Julian ja bloß den Stoff redigirt, nicht geschaffen hat. Umstellungen könnte er sich erlaubt haben; aber daß er im Ganzen das bisherige System beibehielt, ist außer Zweifel, schon deshalb, weil dasselbe eben kein System ist und von einem verständigen Juristen der Kaiserzeit nimmermehr so hätte gesetzt werden können; zu welchem Ende aber Julian in einzelnen Abschnitten die überlieferte Ordnung mit einer andern hätte vertauschen sollen, während er sonst die wunderlichsten Combinationen stehen ließ, leuchtet durchaus nicht ein. Es liegt demnach kein genügender Grund vor zu bezweifeln, daß die oben dargelegte Reihenfolge des Edicts bis auf die ältesten Ordner desselben, also über die caesarische Zeit hinaufreicht. Das derselben zu Grunde liegende Princip ist namentlich von Rudorff im Wesentlichen befriedigend aufgeklärt worden, indem zwei Hauptabschnitte von den (Legis-)Actionen und den Missionen und zwischen beiden eine große civilrechtliche Einschaltung angenommen werden; doch dürfte es genauer sein vielmehr einen älteren das Civilrecht ausführenden und einen jüngeren das Civilrecht ergänzenden Theil des Edicts de iuris dictione[6]) und in beiden wieder

---

6) Ulpian l. 7 pr. D. de iurisdict. 2, 1.: id quod iurisdictionis perpetuae causa non quod prout res incidit propositum erit. Pomponius

alten prätorischen Bestand und den Civilrechtsbüchern sich anschliessende Nachträge zu unterscheiden. Die erste Hälfte reicht von Abschnitt 1—19; den Kern bilden die aus den Legisactionen hervorgegangenen Klagformulare, die Vindicationen der l. a. sacramento, die aquilische und die Theilungsklagen der l. a. per iudicis postulationem, endlich die Condictionen des silischen und calpurnischen Gesetzes, welche Legisaction als die jüngste den Beschluß macht. Die manus iniectio und pignoris capio fehlen, weil sie nicht eigentlich eine Klageröffnung in sich schlossen, also zu einem iudicium dare im ordentlichen Rechtsgang nicht hinführten. An die Legisactionenklagen schliessen die übrigen Civilklagen sich an, die entweder zur Legisactionenzeit noch nicht bestanden, wie nach meiner Ansicht die Real- und Consensualverträge (13. 15), oder deren Legisactionenform völliger untergegangen war, als dies bei den Vindicationen, Postulationen und Condictionen der Fall ist — ich meine die Mitgift-, Vormundschafts- und Diebstahlsklagen (16. 17. 18). Bei diesem Punkte berühren sich das Edict- und das civilrechtliche sog. Sabinussystem, in welchem auf die Contracts- und die Theilungsklagen Eherecht, Vormundschaft und Diebstahl folgen; wahrscheinlich ist das prätorische Edict in diesem Abschnitt von Haus aus nach dem Schema des Civilrechts geordnet worden. Allen diesen Abschnitten gemeinsam ist die wesentlich civilrechtliche Grundlage; wobei natürlich abzusehen ist von untergeordneten entweder nur durch Attraction hieher gezogenen Materien, wie z. B. die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist, oder noch nicht hinreichend aufgeklärten Titeln, wie die an die alte l. a. per iudicis postulationem angelehnten sind. Umgekehrt ist der durchgehende Charakter des zweiten Theils

---

l. 2 §. 44 D. de orig. iuris 1, 2: Ofilius de legibus vicesimae primus conscripsit; de iurisdictione idem edictum praetoris diligenter composuit — ganz richtig, denn der Prätor konnte über vielerlei Dinge ediciren, dasjenige Edict aber, das im eminenten Sinn so heißt, war das edictum de iuris dictione. Auf die bekannten Interpolationen der Königsberger Handschrift kann nach den richtigen Regeln der Textkritik in den Pandekten kein Gewicht gelegt werden.

die arbiträre Verfügung des Prätors. Vor allem gilt dies von den Missionen (20. 28), Interdicten (29), Exceptionen (30) und prätorischen Stipulationen (31): iubere caveri, sagt Ulpian (l. 4 D. de iurisdict. 2, 1), praetoria stipulatione et in possessionem mittere imperii magis est quam iurisdictionis. Es macht auch für den rechtlichen Charakter dieser prätorischen Verfügungen keinen Unterschied, ob der durch eine solche Begünstigte verwandte civilrechtliche Ansprüche besitzt oder nicht besitzt[7]). Aber unter dieselbe Kategorie fallen auch diejenigen Klagen und sonstigen Rechtshülfen, welche der Prätor kraft seiner Machtvollkommenheit aufgestellt hat, wie dies ganz besonders hervortritt bei den Delictklagen, von denen, sicher nicht zufällig, die zwei prätorischen Raub und Injurie[8]) in diesem, die beiden civilen Diebstahl und Sachenbeschädigung in dem ersten Theil sich finden. Aber auch die liberalis causa gehört insofern hieher, als dieselbe doch wahrscheinlich durch praeiudicium geführt ward, ebenso die Nuntiation und die neuere Gestalt der damni infecti cautio und aquae pluviae arcendae actio sowie der Schutz des Usucapienten bei laufender Usucapion. Dagegen Testamente und Legate müssen in der ältesten Edictredaction ganz gefehlt haben und sind augenscheinlich erst aus dem Civilrecht später eingelegt und den erbrechtlichen Besitzertheilungen angehängt worden.

Wenden wir uns nun zurück zu dem rubrischen Gesetz über die Municipaljurisdiction in der Provinz Gallien, so stimmt dasselbe so genau zu dem Edictsystem, wie es zwischen Reichs- und Particulargesetz nur erwartet werden kann. Auf den fehlenden drei ersten Tafeln war die municipale Jurisdiction im Allgemeinen und die Einleitung der ordentlichen Prozesse erörtert, das heißt, wie die beiläufigen Anführungen in der vierten Tafel ergeben, es war den

---

7) Der civile Testamentserbe wird in seinem Recht geschützt durch Sacramentprozeß und durch bonorum possessio secundum tabulas; aber jenen muß, diese kann der Prätor ihm gewähren.

8) Denn die prätorische iniuria oder Ehrverletzung hat mit der alten Zwölftafelinjurie nur den Namen gemein; diese entspricht vielmehr der Körperverletzung.

Municipalmagistraten theils in allen Prozessen, deren Object 15000 Sesterzen nicht überstieg, theils in gewissen Prozeßkategorien ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitgegenstandes, die Geschwornenernennung übertragen (2, 3. 27). Es war ihnen ferner in allen hienach ihrer Competenz entzogenen Sachen wenigstens die Einleitung des Prozesses zugewiesen, insofern nämlich der künftige Beklagte, wenn er nicht freiwillig und außergerichtlich sich dazu verstand mit seinem Gegner nach Rom Vadimonium zu machen, vor seine Ortsbehörde in ius vocirt und durch deren Decret angehalten ward Vadimonium nach Rom in gültiger Weise zu bestellen. Offenbar sollte die — praktisch ja auch kaum ausführbare — in ius vocatio nach Rom ganz vermieden und darum, wenn nicht durch gütliche Vereinbarung über das Vadimonium die in ius vocatio ganz wegfiel, der Prozeß hier getheilt, die in ius vocatio vor den Municipal-, die Prozeßregulirung selbst vor den hauptstädtischen Gerichten besorgt werden[9]). — Erhalten sind auf

9) Man darf diese Anomalie und die analoge hinsichtlich dessen, der das Recht in Anspruch nimmt vor seiner Heimathbehörde zu Recht zu stehen (l. 2. §. 6 D. de iud. 5, 1) nicht zusammenwerfen mit dem ganz regelrechten Falle, wo ein nicht fest locirtes, sondern selber wandelndes Gericht das Vadimonium nicht auf den Ort stellen läßt, an dem das Gericht sich befindet, sondern auf den, an dem es künftig sich befinden wird, wie z. B. Livius ep. 86 und andere von Keller Civilprozeß S. 183 A. 545 angeführte Stellen. — Uebrigens scheint diese zunächst von Puchta Ztschr. 10, 224 = Schr. S. 539 herrührende Auffassung der Stelle 2, 21—24 wie die gewöhnliche so die allein zulässige. Die Meinung, daß der, quei ibei i. d. p, der römische Beamte sei, wird kaum noch einen Verfechter finden Huschkes Auffassung (Nerum S. 163 sq.), daß der confessus außer der Duction auch noch der Verpflichtung unterlegen habe zum Zweck der Mission dem Kläger Rechtsfolge nach Rom zu gewähren, scheint mir weder sachlich möglich, da die Mission nicht wie die Litiscontestation von dem Erscheinen beider Parteien abhängt, also ein Vadimonium hier nicht am Platze ist, noch konnte in dieser Verbindung dann das Mittelglied fehlen, daß das Vadimonium zu versprechen war. Hart bleibt die Verbindung immer, aber sie würde uns weniger so erscheinen, wenn nicht das Kapitel verloren wäre, das das Gesetz hier wieder aufnimmt. Die Bedenken aber, die Huschke a. a. O. gegen Puchta vorbringt, denke ich durch die Darstellung im Text beseitigt zu haben. Nur bemerke ich noch, um weiteren Mißverständnissen vorzubeugen, daß die Recuperatoren des rubrischen Gesetzes nicht über ein gemachtes und

der vierten Tafel der Rest des Abschnitts de operis novi nuntiatione (c. 19) und der Abschnitt damni infecti (c. 20.), die in der obigen Aufstellung dem 23sten des Edicts entsprechen, und der Abschnitt de confessis (c. 21. 22), welcher im Edict zu dem 28sten de re iudicata (Dig. 42, 1) als Anhang (Dig. 42, 2) auftritt. Daß die sämmtlichen zwischen damnum infectum und Confession im Edict vorgetragenen Rechtsmaterien, namentlich der Abschnitt de re iudicata selbst fehlen, kann nicht allein daraus erklärt werden, daß das Particularrecht in dieser Hinsicht von dem allgemeinen nicht abwich, sondern wird wahrscheinlich damit zusammenhängen, daß, da über die Klagannahme eine allgemeine die sämmtlichen nicht besonders ausgenommenen Edictformeln umfassende Bestimmung getroffen war, nicht bloß Raub, Injurien u. a. m. von selber darunter fielen, sondern auch zweckmäßig an die allgemeine Ordnung über die Klagannahme gleich die allgemeine Ordnung der Executivcompetenz für den Fall der Verurtheilung sich anschloß, so daß hier nur die confessio in iure und was dem gleichstand übrig blieb. Große Schwierigkeit dagegen macht das letzte Kapitel, da bei dem fehlenden Schluß der Inhalt desselben errathen werden muß. Schwerlich war, wie auch Huschke (Gaius S. 236) richtig bemerkt, darin bloß die einfache Bestimmung enthalten, daß für die Erbtheilungsklage die Gemeindebeamten absolute oder begrenzte Competenz erhalten sollten; theils weil dies der vermuthlichen Ordnung der Materien durchaus zuwiderläuft, theils weil nach der allgemeinen Fassung 2, 27. 28 darüber schon früher mit bestimmt gewesen sein muß, theils weil die erhaltenen Worte des Gesetzes jene Competenz vielmehr voraussetzen (ita ius deicito — utei .....) als anordnen. Vielmehr möchte hier irgend welches auf die Erbtheilungsklage bezügliche Praejudicium oder eine ihr angehörige Exception angeordnet sein — ich vermuthe

nicht eingehaltenes Vadimonium entscheiden, sondern über ein widerrechtlich verweigertes, also weder mit den Recuperatoren bei Gaius 4, 185 verwechselt werden dürfen noch die Bestimmungen über die Vadimoniensummen bei Gaius 4, 186 mit irgend welcher Wahrscheinlichkeit auf das Recuperatorengericht des rubrischen Gesetzes sich beziehen lassen.

hinsichtlich des Gerichtsstandes, da man für die iudicia duplicia nicht ausreicht mit der allgemeinen Regel actor rei forum sequitur. Sollte nicht bei den Theilungsgerichten der Gerichtsstand der belegenen Sache uralt sein? Oder soll man wirklich glauben, daß, wenn zum Beispiel zwischen zwei in Rom domicilirten Personen über ein in Mutina belegenes Grundstück eine Grenzscheideklage anhängig ward, dies vor den römischen Gerichten geschah? und, wenn die Eigenthümer der eine in Rom, der andere in Smyrna wohnten und beide die Klage provocirten, daß zwischen dem römischen Prätor und dem Proconsul von Asien etwa die Prävention entschied? während doch nicht abzusehen ist, wie die Localinspection, die zum ursprünglichen Wesen dieser ältesten arbitria, das ist Ganggerichte, gehört und immer damit verbunden geblieben ist, in einem solchen Falle füglich hätte ins Werk gesetzt werden können. Wenn diese Annahme Billigung findet, so möchte sich folgende Ergänzung empfehlen: Queiquomque in — o(ppido) — in Gallia cisalpeina i(ure) d(eicundo p(raerit), is inter eos, quei de familia erceiscunda — iudicium sibei darei — in eorum quo o(ppido) — postulaverint, ita ius deicito — utei in eo o(ppido) —, in quo is, quoius [*de boneis agetur*, *domicilium habuerit*, *iudicium fiat et in id iudicium exceptionem addito; „quae bona eius fuerint, quei „in eo oppido domicilium habuerit.*“]

Die bei der Abgrenzung der Competenzen des Reichs- und der Stadtbehörden leitenden Gedanken hat im Allgemeinen Puchta befriedigend auseinandergesetzt: Uebertragung der in der Amtsgewalt enthaltenen Jurisdiction generell, jedoch mit Beschränkung auf eine bestimmte Werthsumme des Streitobjects; Versagung dagegen der in der Amtsgewalt liegenden anderweitigen Befugnisse. Ea, sagt Paulus (l. 26 D. ad mun. 50, 1), quae magis imperii sunt quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest. Magistratibus municipalibus non permittitur in integrum restituere aut bona rei servandae causa iubere possidere aut dotis servandae causa vel legatorum servandorum causa. Sicher hängt auch die solenne Titulatur der Municipal-

magistrate „iure (nicht iuri) dicundo“ hiemit zusammen. Nur muß man diese Unterscheidung nicht, wie Puchta (Ztschr. 10, 201 — Schr. S. 523) thut, zusammenwerfen mit der früher erörterten Unterscheidung der gesetzausführenden und der ohne oder gegen das Gesetz schaltenden souveränen Gewalt des Prätors, überhaupt jene materielle Distinction nicht in streng formaler Art durchführen wollen.[10]) Wenn dem Gemeindebeamten ea quae magis imperii sunt quam iurisdictionis abgesprochen werden, so soll damit, wie der absichtlich schwankende Ausdruck und die hinzugefügten Beispiele anzeigen, gar nicht gesagt werden, daß er von dem, was formell zunächst auf dem Imperium im engern Sinn beruht, nichts vornehmen, also z. B. nicht eine gewöhnliche Duction oder prätorische Stipulation anordnen oder die regelrechte bonorum possessio secundum tabulas ertheilen dürfe[11]); sondern es sollen ihm diejenigen Handlungen nicht gestattet werden, bei denen theils eine freiere

10) Ueberhaupt hat man sich wohl vorzusehen das imperium im allgemeinen Sinne nicht mit dem speciell so genannten zu verwechseln, welche Verwechselung zum Beispiel durch Puchtas ganze Abhandlung durchgeht Zunächst und ursprünglich ist imperium das Recht des Magistrats zu befehlen, worauf Krieg- und Prozeßführung beruhen; in diesem Sinn spricht man imperium dem Consul und Prätor zu, dem Quästor ab und beruht jede Amtshandlung des Prätor, jeder von ihm einzuleitende Prozeß staatsrechtlich auf seinem Imperium als der amtlichen Befehlsgewalt. Dann aber wird imperium im eminenten Sinn gebraucht von den nicht zunächst und wesentlich gesetzausführenden, sondern auf der freien amtlichen Machtvollkommenheit beruhenden prozessualischen Befehlen; in diesem Sinn unterscheidet man die iuris dictio des Prätors von seinen prozessualischen Functionen quae imperii sunt und setzt man dem iudicium legitimum das iudicium entgegen, quod imperio continetur In diesem Sinne wird auch von der Vormünderernennung gesagt, daß sie neque imperii, neque iurisdictionis sei (l. 6 § 2 D. de tut. 26, 1); sie beruht wohl auf dem allgemeinen imperium, aber nicht auf dem besonderen prozessualischen die Jurisdiction ergänzenden. Eine wichtige praktische Anwendung hievon war, daß zur Vormünderernennung nicht die Gerichtsbehörden als solche competent waren. Es wäre wünschenswerth dies enge imperium als technischen Ausdruck an die Stelle der verwirrenden Ausdehnung des Verfahrens extra ordinem (vergl. z. B. Keller Civilprozeß S. 5) wieder einzuführen.

11) Javolenus l. 2 D. de iurisd. 2, 1: cui iuris dictio data est, ea quoque concessa videntur, sine quibus iuris dictio explicari non potest. Darauf

mehr arbiträre Behandlung, theils eine größere Gefahr für den Betroffenen obwaltet, also nicht die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, nicht die Beschlaglegung auf das gesammte Vermögen, namentlich nicht die amtliche Thätigkeit des Beamten in Criminalsachen.[12]) Damit harmonirt es völlig, wenn, wie dies für Cäsars Gesetz von Puchta (Ztschr. 10, 213 = Schr. S. 531) nachgewiesen ward, die Nichtleistung der cautio damni infecti bei dem römischen Magistrat missio in possessionem[13]), bei dem gallischen Municipalbeamten eine Klage auf Schadenersatz nach sich zieht, welche zwiefache Rechtsfolge noch in den Pandekten sehr bestimmt hervor-

---

wird man auch am natürlichsten beziehen Papinian l. 1 § 1 D. de off. eius cui mand. 1, 21: qui mandatam iuris dictionem habet, proprium nihil habet, sed dumtaxat (so — sed d. t. — ist zu lesen: statt sed et) eius qui mandavit iurisdictione utitur. Verum est enim more maiorum iuris dictionem quidem transferri, sed merum imperium quod lege datur non posse transire; quare nemo dicit animadversionem legatum proconsulis habere mandata iuris dictione. Paulus notirt dazu: et imperium quod iuris dictioni cohaeret mandata iurisdictione transire verius est. Ohne Zweifel dachte er an prätorische Stipulationen, Besitzeinweisungen u. dgl. m., also das, was Ulpian l. 3 D. de iurisd. 2. 1 mixtum imperium nennt, cui etiam iuris dictio inest. Ein Fall, wo eben die missio in possessionem delegirt wird, ist A. 14 erwähnt.

12) Letzteres bezeichnen die Juristen der Kaiserzeit mit dem nicht gut gebildeten Kunstausdruck merum imperium (l. 1 § 1 D. de off. eius cui mand. 1, 21. l. 3 D. de iurisd. 2, 1).

13) Huschke hat zwar auch in der zweiten Bearbeitung seiner Abhandlung über das rubrische Gesetz (Gaius S. 210 fg.) seine frühere Meinung festgehalten, daß zur Zeit dieses Gesetzes wegen damnum infectum bei dem Stadtprätor nur durch Legisaction, bei dem Fremdenprätor nur durch Schadensklage ohne Mission verfahren worden sei. Wir haben allerdings keine Beweise dafür, daß das Edict des Stadtprätors über die Mission wegen damnum infectum bis in die Zeit des rubrischen Gesetzes hinaufreicht, und es ist nicht unwahrscheinlich, daß noch zu Caesars Zeit unter Bürgern ordentlicher Weise wegen damnum infectum nur durch Legisaction verfahren werden konnte; aber auf der anderen Seite hat Puchta vollständig erwiesen, daß das rubrische Gesetz, indem es das Cautionsformular des Peregrinenedicts anzieht, damit das Fehlen der Mission in demselben nicht entfernt andeutet. Darum ist Huschkes Beweisführung auf jeden Fall in der zweiten Hälfte mangelhaft und hat Puchtas wohl combinirte Ansicht mit Recht fast allgemeine Billigung gefunden.

tritt[14]); wenn die auf Eingeständniß in iure vor dem Municipalmagistrat oder was dem rechtlich gleichsteht, Schweigen und unbefriedigendes Antworten in iure, sich stützende Execution auch in den Prozessen, wofür der Municipalrichter competent ist, doch im Allgemeinen dem römischen Richter vorbehalten und nur hinsichtlich der Geldschuldklage für die Duction eine Ausnahme gemacht wird. Der Grund dieses Unterschiedes liegt indeß nicht da, wo man ihn gewöhnlich sucht, in der besonderen Strenge der Geldschuldklage, sondern darin, daß bei dieser, welche nominell auf pecunia certa credita, der Sache nach auf jede pecunia certa debita geht, die in iure confessio immer auf ein aes confessum hinauslief, dagegen bei jeder andern Klage die Confession immer noch ein Aestimationsverfahrens zur Uebertragung des Einbekannten in eine feste römische Geldsumme übrig ließ. Es war also wohl jene confessio, aber nicht diese dem rechtskräftigen Urtheil gleichzuachten. Dies ist besonders insofern wichtig, als hiernach nicht, wie gewöhnlich geschieht, was unser Gesetz hinsichtlich der confessi vorschreibt, ohne

14) Ueber das damnum infectum handelten Ulpian im 53., Paulus im 48., Gaius im 19. Buche ad edictum, und hier wird die gewöhnliche Behandlung der Klage vorgetragen. Daneben aber finden sich zwei Stellen von Ulpian (l. 1. 4 D. de damno inf. 39, 2), je eine von Paulus (l. 5 eod.) und von Gaius (l. 6 eod.), sämmtlich aus dem ersten Buch des betreffenden Edictcommentars, in denen, offenbar bei Gelegenheit der Municipaljurisdiction, die municipale Behandlung dieses Falles erörtert wird. Allerdings ist das Verfahren wesentlich verschieden von demjenigen, das das rubrische Gesetz vorschreibt: der Prätor delegirt und zwar im Edict selbst (l. 4. § 6 cit.) den von der Hauptstadt entfernteren (l. 4. § 9 cit.) Gemeindebeamten das Recht wegen befürchteten Schadens in den Besitz einzuweisen, wofern nicht gehörig Caution bestellt wird (l. 1. 4 § 3 cit.); während er den Endtermin der Caution selbst festsetzt (l. 4 pr. cit.: dies cautioni praestitutus si finietur, praetoris vel praesidis officium erit ex causa vel remorari — dieses Wort wird anstatt des sinnlosen reum notare zu setzen sein — vel protelare eum et si hoc localem exigit inquisitionem, ad magistratus municipales hoc remittere), ebenso die missio ex secundo decreto allein anordnet (l. 4 § 4 l. 5 pr. cit.) Gegen die Municipalmagistrate, wenn sie etwas versäumt haben, geht eine Schadensklage, ähnlich wie in dem Falle der Vormünderernennung (l. 4 § 7. 8. 9. cit.). Dies Edict ist offenbar jüngerer Entstehung als das rubrische Gesetz.

Weiteres auf die iudicati angewendet werden darf. Vielmehr wird wahrscheinlich die Execution den Municipalmagistraten zugestanden haben aeris confessi rebusque iure iudicatis, d. h. bei jedem auf römisches Geld gerichteten gerichtlichen Einbekenntniß und bei jeder rechtskräftigen Sentenz. — Aber das geht mit Wahrscheinlichkeit aus dem rubrischen Gesetz hervor, daß zu Caesars Zeit noch wie vor Alters die ordentliche und solenne Execution die personale, die Duction war, dagegen die Mission in bona rechtlich galt als ein außerordentliches iure imperii zu ertheilendes und darum auch von den niedriger stehenden Municipalmagistraten nicht zu erlangendes Aushülfsmittel. — Verwandt ist die Behandlung des von dem gallischen Gemeindebeamten auferlegten und von dem Beklagten verweigerten oder nicht recht geleisteten Vadimonium in den Fällen, wo dem Municipalmagistrat nur die Eröffnung, nicht die Erledigung des Verfahrens in iure freistand. Kam ein solcher Fall in Rom vor, so fiel er unter die Kategorie: sei is de ea re in iure non responderit neque de ea re sponsionem faciet, und ein solcher war pro confesso, so daß ohne Zweifel sofort Duction, event. Mission verfügt werden konnte. Dagegen dem gallischen Gemeinderichter wird nur gestattet, ein Recuperatorengericht, offenbar auf Schadenersatz, gegen die widerspenstige Partei niederzusetzen.

Ich schließe mit einer Andeutung über das Verhältniß der municipalen Jurisdiction unseres Gesetzes zu der der römischen Oberbehörden überhaupt. Wie weit die Municipalgerichte competent sind, geht aus dem Gesagten hervor, und es ist ihre Jurisdiction als durch das Gesetz ihnen zugewiesen zwar beschränkter als die prätorische, aber qualitativ dieser vollkommen gleichartig und keineswegs etwa bloß delegirt[15]). Es fragt sich aber, ob, wo sie competent sind, sie mit den Reichsgerichten concurriren oder diese ausschließen. Rechtlich wird die erste, factisch die zweite Alternative anzunehmen sein,

15) Die Ausnahme hinsichtlich der Mission bei dem damnum infectum (K. 4) bestätigt nur die Regel; von jener heißt es allerdings: Praetor magistratibus municipalibus delegandum hoc putavit (l. 1 D. de d. i. 39, 2).

insofern nämlich der in Gallien wohnhafte Römer allerdings neben seinem Domiciliargerichtsstand allgemein dem hauptstädtischen forum originis unterlag, aber doch nur dann gültig vor ein hauptstädtisches Gericht geladen werden konnte, wenn er zufällig in Rom verweilte. Dagegen von einer proconsularischen Gerichtsbarkeit findet sich in unserm Gesetz keine Spur und überhaupt keine andere Hindeutung auf den Statthalter der Provinz als etwa die allgemeine Vorschrift, daß kein Beamter und Beauftragter sich der Ausführung des Gesetzes in den Weg stellen solle[16]. Zwar hat Puchta (Ztschr 10, 212 — Schr. S. 531) geschwankt, ob in den Worten (1, 15; vergl.: 1, 50) mag(istratus) prove mag(istratu) II vir IIII vir praefec(tus)ve die ersten Worte als generelle Bezeichnung aller Municipalmagistrate zu fassen seien, ähnlich wie die Bezeichnung oppidum an der Spitze der municipia coloniae praefecturae cet.; oder ob dabei an den Proconsul gedacht werden müsse, und sich für die letztere Annahme entschieden. Allein der Grund, der ihn bestimmt hat, daß nämlich auf die Gemeindebeamten die Benennung pro magistratu nicht passe, ist nicht stichhaltig; die praefecti pro II viro sind ja wohlbekannt. Noch weniger kann, wie Huschke (Gai. S. 236) will, aus dem Fehlen von in Gallia cisalpina gefolgert werden, daß das Gesetz nicht blos von gallischen Municipalobrigkeiten handle; denn dieser Zusatz ist in 1, 7 offenbar auch für unsere Stelle mit ausgesprochen. Entscheidend ist es, daß in den Formeln des 20. Kapitels, wo jene Bestimmung 1, 15 sachlich und in präcisester Fassung wiederkehrt, nur II vir IIII vir praefectusve genannt werden, wonach es nicht möglich ist anzunehmen, daß unser Gesetz auch den Proconsul befugen wollte wegen damnum infectum zu procediren. Es ist demnach überflüssig weiter auseinanderzusetzen, daß für eine proconsularische Jurisdiction, abgesehen natürlich von der militärischen,

16) 1, 50 fg.: Neive quis mag(istratus) prove mag(istratu) neive quis pro quo imperio potestateve erit intercedito. Die Magistrate sind die municipalen, die Beamten und Beauftragten (vgl. Festus ep. p. 50: cum imperio est — cui nominatim a populo dabatur imperium. Cum potestate est — qui a populo alicui negotio praeficiebatur) die des Reiches.

in Gallien neben der stadtrömischen und der municipalen durchaus kein Raum bleibt. Daß es in den überseeischen Provinzen sich anders verhalten haben wird und in den hier befindlichen Gemeinden römischer Bürger wahrscheinlich der Statthalter in die Stelle der hauptstädtischen Behörden eintrat, habe ich bereits anderswo (Röm. Gesch. 3, 536 A.*) als wahrscheinlich bezeichnet.

X.

Ueber das visellische Gesetz.

Von Theodor Mommsen.

Das oder ein visellisches Gesetz werden in folgenden Zeugnissen genannt.

a) Rescript Diocletians und Maximians l. un. C. Iust. ad l. Visell. 9, 21: lex Visellia libertinae condicionis homines persequitur, si ea quae ingenuorum sunt circa honores et dignitates ausi fuerint attemptare vel decurionatum arripere, nisi iure aureorum anulorum impetrato a principe sustentantur. — — Qui autem libertinus se dicit ingenuum, tam de operis civiliter quam etiam lege Visellia criminaliter poterit perurgeri. Der letzte Satz wird wiederholt in dem Rescript von Valens, Gratian und Valentinian l. un. Th. C. victum civiliter agere 9, 20 = l. un. C. Iust. quando civilis actio 9, 31.

b) Ulpian 3, 5: militia ius Quiritium accipit Latinus, si inter vigiles Romae sex annos militavit ex lege Visellia (die Hdschr. Visillia).

c) Um das J. 1769 fand sich in Rom am Fuße des coelischen Berges gegen den Palatin zu an der Via di S. Gregorio (denn diese scheint unter dem clivus Scauri zu verstehen) ein oben verstümmelter Inschriftstein von rauhem Peperin, den Capmartin de Chaupy erwarb und im J. 1771 der Akademie von Toulouse schenkte, wo er sich noch befindet. Die Aufschrift wurde herausgegeben von Marini iscr. Alb. p. 3 und von Dumège mém. des antiq. de France t. VIII pl. 6 f. 2; eine Abschrift derselben, die indeß nicht

vollständig ist, verdanke ich Hrn. Longpérier. Ich gebe danach den Text mit den Varianten von Marini und Dumège und ausgewählten von Longpérier:

L. VA...........
CVR. VIAR
E LEGE VISELLIA DE CONL. SEN
CN. CORNELI. Q. MARCI. L. HOSTIL
C. ANTONI. C. FVNDANI. C. POPILI
M. VALERI. C. ANTI. Q. CAECILI
OPVS. CONSTAT. N. ↂ ↂ ∞⊥XXII*)

oder aufgelöst: L. Va......... cur(ator) viar(um) e lege Visellia de conl(egarum) sen(tentia) Cn. Corneli Q. Marci L. Hostil(i) C. Antoni C. Fundani C. Popili M. Valeri C. Anti Q. Caecili. Opus constat n(ummum) XXII milibus LXXII. — Der Stein ist seltsam vernachlässigt worden. Niebuhr muß ihn gekannt und verstanden haben, denn es kann nur auf diesem Stein und dessen Combination mit einer andern gleich zu erwähnenden Inschrift beruhen, wenn er (in der Beschreibung Roms III A S. 481) die Pflasterung des clivus Scauri in das J. 678 (seiner Zählung) setzt; aber kein Wunder, daß diese unbelegte Ansetzung bei Becker (Handbuch 1, 499 A. 1041) als bloße Aporie erscheint. Außerdem nahm Orelli 3117 einige Worte desselben auf und druckte Hänel in Richters krit. Jahrb. Jahrg. 1 S. 764 und Jahrg. 3 S. 467 die Inschrift nach Dumège in äußerst corrumpirter Gestalt wieder ab; dabei ist es bisher geblieben. Dennoch ist dieselbe für Juristen in zwiefacher Hinsicht merkwürdig: einmal weil hier offenbar dasselbe Collegium erscheint, welches das im J. 682 oder 683 ergangene Gesetz über die Freiheit von Termessos rogirt hat: C. Antonius M. f. Cn. Corne- (große Lücke) C. Fundanius C.

*) Z. 1 LVA ([illegible] Longpérier, L. V.... Dumège, fehlt bei Marini. — 4 L. HOSTIL Longp., L. HOSTII Marini, P. HOSTIL Dumège — 5 POPILI Marini, POPIL Longp., Dumège. — 7 Die Zahlzeichen bei Dumège verunstaltet, bei Longpérier zum Theil ausgelassen; doch bestätigen beide wesentlich die marinische Lesung.

f. tr(ibunei) pl(ebei) u. s. w., so daß wir danach auch in den zehn Namen des Steines ein Volkstribunencollegium — wahrscheinlich das einzige inschriftlich erhaltene — zu erkennen und denselben in das J. 682 oder 683 zu setzen haben. Zweitens kommt zu den bekannten Zeugnissen über das visellische Gesetz ein neues hinzu, das zu den bisher über dieselbe gangbaren Annahmen wenig paßt und zu einer neuen Untersuchung seines Inhalts auffordert. Dabei wird es, zumal bei der Seltenheit dieses Gentilnamens, gerechtfertigt sein, zunächst zu erörtern, ob die vorliegenden Zeugnisse sich angemessen auf ein einziges Gesetz beziehen lassen und die Annahme mehrerer visellischer Gesetze nur dann zuzulassen, wenn sich die Unvereinbarkeit der Zeugnisse bestimmt herausstellt.

Die gangbare Annahme, daß das visellische Gesetz von dem Consul des J. 24 n. Chr. L. Visellius Varro rogirt worden sei, stützt sich lediglich auf die Namensgleichheit und verlegt dieser zu Liebe das Gesetz in eine Zeit, wo es Comitialgesetze nicht mehr gab. Ich habe bereits anderswo (Stadtrechte S. 391) ausgeführt, daß von Tiberius Regierungsantritt angerechnet, abgesehen von der mittelbaren Kaisergesetzgebung und von den exceptionellen Volksschlüssen, die der archäologisirende Kaiser Claudius zu rogiren beliebte, Comitialgesetze nicht weiter vorkommen, sondern die Senatsbeschlüsse materiell wie formell an deren Stelle treten. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß dies mit der bekannten Uebertragung der Wahlen von der Bürgerschaft auf den Senat unmittelbar nach Augustus Tode nicht blos innerlich in Verbindung steht, sondern die comitia e campo ad patres translata (Tacitus ann. 1, 15), wie es der einfache Wortsinn erheischt, die Abstimmungen wie über Wahlen so auch über Gesetze in sich schließen. Hiegegen wird man freilich drei Instanzen geltend machen: des junisch-norbanischen, des junisch-velleischen und des visellischen Gesetzes. Indeß die letzte ist nach dem jetzigen Stande unserer Quellen keine mehr, da die Existenz eines vor 683 erlassenen visellischen Gesetzes nunmehr feststeht. Was die sogenannte lex Iunia Velleia betrifft, so ist es zwar jetzt ausgemacht, daß das unter den Consuln M. Vellaeus Tutor und L.

(nicht M.) Junius Silanus erlassene senatusconsultum Vellaeanum (nicht Velleianum) in die zweite Hälfte des J. 27 n. Chr. = 780 Varr. gehört (Borghesi in den annali dell' Instituto 1849 p. 45); aber das fragliche Gesetz ist vielmehr eine Iulia Velleia, da es gewöhnlich Velleia, einmal Iulia (Ulp. 22, 19), einmal Iulia Velleia (§. 2 I. de exher. 2, 13 und ebenso Theophilus), einmal Iuna (so) Velleia (l. 10 § 2 D. de test. 26, 2) heißt, aus welcher letzten Corruptel ebenso leicht IVLIA als IVNIA hergestellt werden kann. Es sind also die Consuln Vellaeus und Junius, die jenen Senatsbeschluß veranlaßten, gänzlich verschieden von den Rogatoren dieses Gesetzes Julius und Velleius; vielmehr werden dies zwei nicht weiter bekannte Tribunen der republikanischen Zeit sein. Größeres Bedenken macht die lex Iunia Norbana, die den Consuln des J. 19. M. Junius Silanus L. Norbanus*) Balbus kaum scheint abgesprochen werden zu können. Allein einerseits ist es bekannt genug, in welche unendliche Schwierigkeiten diese Ziffer verwickelt hat, da das aelisch-sentische Gesetz vom J. 4 n. Chr. die Existenz der junischen Latini bereits voraussetzt; die jetzt gangbare und bei jenen Voraussetzungen allerdings unvermeidliche Annahme, daß die Latini Iuniani älter als das junische Gesetz und der Name jünger sei als die Institution, ist in hohem Grade gezwungen. Andrerseits heißt das fragliche Gesetz bei allen älteren und besseren Gewährsmännern lediglich lex Iunia; einzig in Justinians Institutionen (§. 3 de libertin. 1, 5) und der daran sich anschließenden griechischen Paraphrase (Theoph. 1, 5, 3) ist die Rede von der lex Iunia Norbana, und auch hier steht nicht einmal die Lesung fest, denn alle griechischen und einzelne lateinische Handschriften lesen Iunia Urbana. Es bedarf unter diesen Umständen kaum des neuen und sehr ernstlichen Bedenkens, welches der Erlassung eines Consulargesetzes im J. 19 n. Chr., fünf Jahre nach

*) Norbanus ist als Nomen durch zahlreiche ähnlich gebildete von Ortschaften abgeleitete Geschlechtsnamen hinreichend geschützt. Ganz irrig haben Viele, selbst neuerdings noch Rudorff R. R. G. 1, 62, darin ein Cognomen bald der Junier, bald der Vibier finden wollen.

der Unterdrückung der römischen Comitien entgegensteht, um die gangbare Zeitbestimmung und Benennung des junischen Gesetzes zu beseitigen und dasselbe den zahlreichen dem Jahr nach unbestimmten aus der letzten Zeit der Republik zuzugesellen.

Sonach ist hinsichtlich der Zeit wenigstens nichts im Wege, die sämmtlichen Erwähnungen des visellischen Gesetzes auf ein und dasselbe vor 683 erlassene zu beziehen. Daraus, daß es die (junischen) Latini nach Ulpian 3, 5 voraussetzt, wird man allerdings mit Zimmern (R. G. 1, 72 A. 29) folgern dürfen, daß das junische Gesetz älter ist als das visellische, ohne doch darum jetzt das letztere in die Zeit des Tiberius hinabrücken zu müssen. Fragen wir weiter, ob die verschiedenen auf das visellische Gesetz zurückgeführten Bestimmungen sich unter einen legislatorischen Gesichtspunkt vereinigen lassen, so wird darüber, zumal bei der bekannten Läßlichkeit der römischen Codification in dieser Hinsicht, das Urtheil immer subjectiv bleiben; doch scheint in der That alles daraus Angeführte recht wohl in eine allgemeine hauptstädtische Polizeiordnung zu passen. Die Einführung einer Criminalklage gegen Freigelassene, die der Ingenuität sich anmaßen, braucht nicht, aber kann sehr wohl in einer solchen gestanden haben, zumal wenn man sich erinnert, welche Figur die Freigelassenen in den städtischen Comitien und überhaupt in den hauptstädtischen Verhältnissen machten. — Die cura viarum kann, sowohl nach der gesetzlichen Beschränkung der Thätigkeit der Volkstribunen auf die Hauptstadt als auch nach dem Fundort des Steines, nicht auf die Land-, sondern nur auf die hauptstädtischen Straßen bezogen werden. Eine derartige Verwendung der Tribunen ist anderweitig nicht bezeugt; aber es war natürlich und hat in der Vormundsbestellung des atilischen (Ulp. 11, 18 und sonst) und der gleich zu erwähnenden Feuerpolizei unseres Gesetzes selbst Analogien, daß man das zahlreiche und wenig beschäftigte Tribunencollegium bei dergleichen weitläuftigen Verwaltungsgeschäften mit in Anspruch nahm. In welcher Weise die Straßenverwaltung zwischen den Aedilen, den Quattuorvirn viis intra urbem purgandis und den Tribunen getheilt war, läßt sich nicht mit Sicherheit

bestimmen; doch scheint dem letzten Collegium namentlich die Aufsicht über Neubauten dieser Art obgelegen zu haben. Auf dieses nämlich oder vielmehr auf denjenigen Volkstribun, der, wie unsere Inschrift angiebt, nach dem visellischen Gesetz curator viarum wurde, ist vielleicht noch zu beziehen Varro de l. l. 5, 158: clivos Publicius ab aedilibus plebei Publicis qui eum publice aedificarunt; simili de causa Pullius et Cosconius, quod ab his viocuris (d. h. d. den Wegemeistern dieses Namens) dicuntur aedificati und die bekannte Inschrift von Ponte quattro capi: L. Fabricius C. f. cur. viar. faciundum coeravit eidemque probaveit vom J. 692 d. St. (vgl. meine epigraph. Analekten 17.); es ist zwar zulässig unter diesen viocuri oder curatores viarum auch Aedilen oder außerordentliche Beamte*) zu verstehen, aber am einfachsten wird man doch, namentlich in L. Fabricius, unsern curator viarum ex lege Visellia wiedererkennen. — Daß endlich die Feststellung von Belohnungen für den tadelfreien Dienst im hauptstädtischen Wächtercorps zu dem bezeichneten Gesammtinhalt des Gesetzes vortrefflich stimmt, bedarf keiner Auseinandersetzung; wohl aber muß es befremden, den aus der Kaiserzeit wohlbekannten vigiles hier auf einmal in einem jedenfalls vor 683 erlassenen Gesetz zu begegnen. Nun steht es allerdings vollkommen fest, daß die Einrichtung der sieben Cohorten und namentlich des stehenden Commandanten derselben von Augustus und zwar zuerst nur als vorübergehende und außerordentliche Maßregel getroffen ward (Dio 55, 26; Strabon 5, 3, 7 p. 235 Cas.; Sueton Octav. 30; Appian b. c. 5, 132; Paulus l. 1. 3 D. de off. praef. vig. 1, 15); aber eine verwandte, wenn auch weniger militärisch geordnete und von den ordentlichen Beamten geleitete Löschmannschaft gab es schon vor Augustus. Apud vetustiores, berichtet Paulus a. a. O., incendiis arcendis triumviri praeerant, qui ab eo quod excubias

*) So war C. Claudius Pulcher zwischen seiner Prätur 659 und seinem Consulat 662 curator vis sternundis (Orelli 569); wo es freilich dahin steht, ob die hauptstädtischen Straßen oder die italischen Chausseen gemeint sind.

agebant nocturni dicti sunt. Interveniebant nonnunquam et aediles et tribuni plebis. Erat autem familia publica circa portam et muros disposita, unde si opus esset evocabatur. Fuerant et privatae familiae, quae incendia vel mercede vel gratia extinguerent. Deinde divus Augustus maluit per se huic rei consuli u. s. w. Also außer denjenigen, die aus Speculation oder um bei der Bürgerschaft sich beliebt zu machen, ein Löschcorps von Sclaven unterhielten, besaß ein solches auch die Gemeinde und dies offenbar hat das visellische Gesetz im Sinn. Denn als unvollkommen Freigelassene, qui domini voluntate in libertate morantur, das heißt als Latini Iuniani konnte man passend die sämmtlichen zu diesem Dienst verwendeten Gemeindesclaven betrachten und es war sachgemäß ihnen für sechsjährigen treuen Dienst die förmliche Freiheit zu verheißen. Wie die Thätigkeit der verschiedenen bei der Feuerpolizei verwendeten Beamten abgegrenzt war, ersehen wir nicht; daß die Volkstribunen gegen saumselige Triumvirn eine Criminalklage bei der Gemeinde einbrachten (Val. Max. 8, 1, damn. 5. 6), gehört streng genommen gar nicht hieher. Bemerkenswerth aber ist der Parallelismus hinsichtlich der Straßen- und der Feuerordnung: dort wie hier finden wir die plebejischen Tribune und Aedilen und daneben besondere magistratus minores, dort die IIII viri viarum, hier die III viri nocturni thätig; wir werden nicht irren, wenn wir in beidem die Ordnung desselben Gesetzgebers erkennen.

XI.

Ueber Verträge unter Abwesenden nach gemeinem Rechte und nach dem Entwurfe eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs.

Von E. J. Bekker.

Veranlassung zum vorliegenden Aufsatz gab v. Scheurls Abhandlung „Vertragsschluß unter Abwesenden"[1]. Bei dem eigenthümlichen Reiz, den die Polemnik gegen einen so klaren und umsichtigen Gegner wie v. Scheurl besitzt, spannen sich die Betrachtungen weiter aus, als ich zuerst erwartet hatte. Ich sah daß der Stoff durch frühere Bearbeitungen keineswegs erschöpft worden, und daß auch aus dem Römischen Rechte einzelnes nachzutragen war. Durch die Publication der Protocolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs steigerte sich das praktische Interesse der behandelten Fragen. Es ist meines Erachtens nicht zu wünschen, daß die einschlagenden Artikel des Entwurfs ganz unverändert zum Gesetz erhoben werden. Die elegante Darstellung v. Scheurls, die auch begründete Zweifel zu unterdrücken wol geeignet ist, schien mir in entscheidender Zeit doppelt gefährlich, und damit der Versuch ihr entgegenzutreten geboten zu sein.

Ueber den Umfang der Arbeit ist zu bemerken, daß ich zweierlei

---

1) In den Jahrbüchern für Dogmatik von v. Gerber und Ihering II. 5. Eine ältere Ausführung v. Scheurls über denselben Gegenstand findet sich in seinen Beiträgen I, 12. Wird im folgenden einfach Scheurl genannt, so ist die neuere Abhandlung über den Vertragsschluß gemeint.

absichtlich außerhalb der Besprechung gelassen habe. Erstlich die Formalcontracte und Realcontracte. Auf die Verträge, die durch bloßen Consensus zu stande kommen, habe ich mich beschränkt, nicht etwa weil ich glaube daß für die andern ganz andere Regeln gelten, im Gegentheil weil ich überzeugt bin, daß wesentlich dieselben Regeln auch dort herrschen, nur modificirt etwas durch die eigenthümliche Natur jener Contracte, durch das Hinzutreten eines weitern juristischen Erfordernisses, der Form und resp. der Tradition. Zweitens habe ich keine Rücksicht genommen auf den Vertragsabschluß durch Mittelspersonen, deren Mitwirkung keine rein factische ist. Hätte ich diese Schranken nicht einhalten wollen, so wäre ich genöthigt gewesen, auf die Bedeutung der Formal- und Realcontracte so wie der Stellvertretung im heutigen Recht einzugehn, Fragen, über welche die moderne Doctrin bekanntermaßen sich noch nicht geeinigt hat, und die, so anziehend und fruchtbar die eingehende Behandlung sein mag, der beiläufigen Erörterung widerstreben.

I.

Wann wird der mit einem Abwesenden zu schließende Vertrag perfect?

Scheurl faßt die Ergebnisse seiner Ausführungen in folgende Sätze zusammen:

1) Ein Vertrag unter Abwesenden kommt durch die Einwilligungserklärung des Adressaten in den Antrag des Offerenten zu Stande.
2) Sofern diese stillschweigend erfolgt kommt der Vertrag durch die negative oder positive Handlung zu Stande, aus welcher auf die Einwilligung zu schließen ist.
3) Sofern die Einwilligungserklärung eine ausdrückliche sein soll, muß sie an den Offerenten gerichtet werden, und gilt dann als solche für vollendet durch den ersten Schritt zu ihrer Uebermittlung an den Offerenten.

Dem ersten Satz trete ich sofort bei; der dritte und dann der zweite sollen näher geprüft werden. Vom dritten gebe ich soviel zu

daß die Einwilligungserklärung an den Offerenten gerichtet werden müsse; ich bezweifle aber daß die Einwilligungserklärung durch den ersten Schritt zur Uebermittlung an den Offerenten vollendet werde. Mein Zweifel geht davon aus, daß ich einerseits nicht abzusehn vermag, welche Gründe uns zwingen, gerade den Augenblick in welchem „der erste Schritt" oder „die erste Anstalt zur Uebermittelung der Annahmeerklärung an den Antragenden gemacht worden ist" als den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses anzunehmen, andererseits erhebliche Gründe wahrzunehmen glaube, welche einen andern, und zwar späteren Zeitpunkt, zum Augenblick des geschlossenen Vertrags stempeln.

Warum ist der Vertrag geschlossen mit jenem ersten Schritt zur Uebermittlung? nicht früher und nicht später? In den Beiträgen sagt Scheurl:

> die Vollendung der einwilligenden Erklärung ist es was ihren Urheber bindet, nicht das Bewußtsein des Auffordernden von der erfolgten Einwilligung;

und über den Augenblick der Vollendung:

> man kann nicht sagen die Erklärung sei geschehen wenn sie nur untergeschrieben oder wenn sie dem Boten aufgetragen ist, auch nicht wenn der Brief oder der Bote abgeschickt ist; das sind alles nur noch Anfänge oder Fortsetzungen des Werks der Erklärung, vollbracht ist dieses erst dadurch, daß der Brief oder der Bote bei dem eingetroffen ist, an welchen er abgeschickt wurde. So lange beide noch auf dem Wege sind, ist der Abwesende auch nur noch im Begriff sich zu erklären, aber er hat sich noch nicht erklärt.

Aber diese Ansicht hat Scheurl in den Jahrbüchern zurückgenommen:

> Dieses erkenne ich jetzt für einen Irrthum, der auf der Nichtbeachtung des Unterschieds zwischen der *Erklärung selbst* und ihrer *Uebermittelung* an den an welchen sie gerichtet ist, beruhte. .... Die Handlung der Annahmeerklärung besteht in dem Schreiben des zur Absendung an den

Offerenten bestimmten Briefs oder in der Informirung des Boten. Hierauf kann dann eine Reihe von Thätigkeiten folgen, welche sämmtlich den Zweck haben den Offerenten von der erfolgten Annahme seines Antrags zu benachrichtigen. Diese gehören nicht mehr zur Annahmeerklärung selbst, sondern nur zu jener Uebermittlelung an den Offerenten. Doch wird allerdings die Annahmeerklärung zu einer Erklärung *an den Offerenten* nur dadurch, daß der Acceptant auch noch thut was von seiner Seite zur Uebermittelung der Erklärung an den Offerenten erforderlich ist. Wenn er aber nur gethan hat was ohne nicht vorherzusehende besondere Umstände hinreichend ist, so hat er dadurch die Annahmeerklärung *auch als Erklärung an den Offerenten vollendet*, und also den Vertrag mit ihm abgeschlossen.

Scheurl unterscheidet also die „Annahmeerklärung" von der „Erklärung der Annahme an den Offerenten;" jene *absolute Annahmeerklärung* vollendet sich mit dem Schreiben des Briefs oder der Information des Boten, damit eine *Annahmeerklärung an den Offerenten* daraus werde, muß zu der absoluten Annahmeerklärung noch hinzu treten was seitens des Acceptanten „zur Uebermittelung der Erklärung an den Offerenten erforderlich ist;" und diese „Annahmeerklärung an den Offerenten" wird zum Contractsschluß erfordert, die absolute Annahmeerklärung genügt nicht. Während ich dies letzte bestens acceptire, bestreite ich daß die „Annahmeerklärung an den Offerenten" vollendet werde mit den Handlungen des Oblaten, die „ohne vorherzusehende besondere Umstände hinreichend" gewesen wären die Annahme dem Offerenten zu übermitteln. Genau betrachtet erfordert Scheurl in den beiden letztcitirten Sätzen verschiedenes zur Vollendung der Annahmeerklärung an den Offerenten: in dem voraufgehenden daß der Acceptant das thue was von seiner Seite zur Uebermittelung wirklich erforderlich ist; im letzten daß der Acceptant nur thue was nach gewöhnlichem Lauf der Dinge zur Uebermittelung genügen, und also dem Accep-

tanten bei vernünftiger Ueberlegung auch als genügend erscheinen mußte. Diese Verschiedenheit ist nicht ohne Bedeutung: der Brief kann auf der Post verloren gehn, der Bote den Auftrag unerfüllt lassen, nach dem ersten Ausspruch wäre in solchen Fällen der Vertrag für nicht geschlossen, nach dem zweiten aber für perfect und bindend zu erachten. Bleiben wir zunächst bei dem ersten: der Acceptant muß gethan haben was seinerseits zur Uebermittelung erforderlich war, also das wodurch die Uebermittelung thatsächlich bewirkt wird. Bei der Absendung des treusten Boten und des bestrecommandirten Briefs kann niemand wissen ob sie ankommen werden; bei der Absendung bleibt also stets ein Zweifel, ob der Acceptant schon genug gethan, und der Zweifel hebt sich erst dann, wenn Brief oder Bote wirklich eintreffen und die Uebermittelung vollenden. Erst mit diesem Augenblick entscheidet sich ob der Acceptant zur Vollendung des Vertrags genug gethan, ob der Vertrag perfect wird oder nicht, mit der durch Brief oder Boten bewirkten Uebermittelung wird die bindende Willenseinigung unter Abwesenden zur vollendeten Thatsache. Dies Resultat dürfte aber Scheurls gegenwärtiger Ansicht nicht entsprechen, also nehmen wir an daß jener erste Ausspruch durch den zweiten näher bestimmt und modificirt worden sei: der Acceptant braucht nur dasjenige zu thun, was nach gewöhnlichem Lauf der Dinge die Uebermittelung zu bewirken ausreicht. Dieser Ansicht tritt zunächst ein praktisches Bedenken entgegen, daß hiernach der Vertrag auch dann als geschlossen gelten müßte wenn Brief und Bote nie angekommen wären, der Offerent die Annahme seiner Offerte nie erfahren hätte. Daß dies den in unserem Verkehr bestehenden Anschauungen direct zuwiderläuft liegt zu Tage. Der Preußische wie der Deutsche Handelsgesetzentwurf erfordern zur Gültigkeit des Vertrags daß die Annahme eingetroffen, und bei den Berliner wie bei den Nürnberger Berathungen hat auch nicht eine Stimme dafür sich erklärt, daß auch wenn die Acceptation dem Offerenten gar nicht zuginge der Vertrag zu stande kommen könnte. Aber auch theoretisch ist diese

Meinung nicht zu billigen. Wie gezeigt, erfordert Scheurl zur Perfection des Vertrags nicht blos die absolute Annahmeerklärung des Oblaten, sondern die „Annahmeerklärung an den Offerenten," und zu dieser außer der absoluten Annahmeerklärung gewisse auf Uebermittelung derselben gehende Schritte des Oblaten. Nun wird man zugeben daß die absolute Annahmeerklärung zur Annahmeerklärung an den Offerenten nicht durch den bloßen animus, den Glauben des Acceptanten gemacht werden könne, also auch nicht durch den wenn auch entschuldbaren doch falschen Glauben das zur Uebermittelung nothwendige bereits gethan zu haben. Wird nicht die einfache Annahmeerklärung sondern die Annahmeerklärung an den Offerenten gefordert, so muß auch etwas geschehn was die Erklärung an den Offerenten nicht blos bringen könnte sondern wirklich bringt. Mir scheint theoretisch müsse man sich für eins von zweien entscheiden: entweder nur die Annahmeerklärung an sich, keine Annahmeerklärung an den Offerenten erfordern, wo dann aber der Contract auch schon mit dieser Annahmeerklärung selber und vor dem Beginn der Uebermittlung an den Offerenten sich vollenden würde; oder bei der Annahmeerklärung an den Offerenten beharren, dann aber auch zugeben, daß diese und mit ihr der Vertrag erst dann vollendet werden können, wenn die Erklärung an den Offerenten gelangt.

Noch ein praktisches Bedenken ist bei so praktischer Frage wider Scheurl und andere geltend zu machen. Der Augenblick, „in welchem die erste Anstalt zur Uebermittelung der Annahmeerklärung an den Antragenden gemacht worden ist," scheint in vielen Fällen gar nicht fest bestimmbar, und eben darum nicht zum besten geeignet zu sein von ihm die juristische Wirksamkeit des Vertrags zu datiren. Scheurl will „zwischen der Erklärung selbst und ihrer Uebermittlung an den, an welchen sie gerichtet ist" unterscheiden. Läßt sich dieser Unterschied überall durchführen? Wenn ich zum Anwesenden rede, und die Tonwellen schlagen an sein Ohr, so gehören diese Wellen noch zur Erklärung nicht zur Uebermittelung. Und wenn der andere Contrahent im entlegenen Zimmer sich befindet, ich ihm die Erklärung durch das Sprachrohr zurufe, dann ist es ebenso. Bin

ich stumm, oder nicht gewillt zu sprechen, und schreibe darum die Erklärung nieder, in Gegenwart des andern, der lesen kann was ich schreibe im Augenblick wo ich schreibe, da ist auch wol kein Unterschied zwischen Erklärung und Uebermittlung. Aber wenn jener vielleicht zum Fenster hinaussah während ich schrieb, nachher erst an den Tisch tritt, wo ich was ich geschrieben habe liegen lassen, wo sollen wir die Uebermittelung beginnen lassen? Der zum Fenster hinausgesehen mag inzwischen sich entfernt haben, auch bei dem Schreiben abwesend gewesen sein, nach Stunden nach Tagen erst eintreten und das Papier erblicken, das für ihn geschrieben und seitdem es geschrieben nicht von der Stelle bewegt ist. Entweder wir haben auch hier keine Uebermittelung oder sie muß mit dem letzten Federstrich beginnen der gethan ist, ein anderer fester Grenzpunkt ist nicht zu finden. Aber auch wenn wir Fälle ins Auge fassen, wo Offerent und Oblat an verschiedenen Orten sich aufhalten, kommen wir nicht aus den Zweifeln und zu der Erkenntnis fester Grenzlinien zwischen Erklärung und Uebermittelung. Das Falzen und Schließen des Briefs dürfte der Uebermittelung noch vorhergehn müssen. Ueberhaupt vielleicht alles, was der Acceptant selber mit dem Briefe thut, alles was geschieht so lange er denselben bei sich behält? Scheurl sagt nein, denn wenn er „den Brief an den Offerenten auf eine Reise mitnimmt, welche er in der Richtung auf den Aufenthaltsort des letztern macht, um ihn unterwegs zur Post zu geben, so gibt er gewissermaßen den Brief sich selbst zur Absendung, beauftragt mit derselben sich selbst. Die Annahmeerklärung an den Offerenten ist hier durch das Mitnehmen des zur Absendung an den Offerenten bestimmten Briefs auf die Reise vollendet?" Aber wann ist das Mitnehmen vollendet? wie er den Brief in die Hand nimmt? in die Rocktasche steckt? die Stube? das Haus? die Stadt verläßt? Ob die Reise hundert Meilen oder eine lang ist, kann nichts ausmachen. Wer dem in demselben Orte wohnhaften Offerenten seine Einwilligung durch die Stadtpost mittheilen, und den Brief selber auf die Post tragen will, hat „sich selber zur Absendung beauftragt," indem er den Brief mitnimmt; nach Analogie des obigen Falles

wäre hiemit „die Annahmeerklärung an den Offerenten" vollendet, andererseits aber kann man bevor Absender die Post erreicht und den Brief in den Kasten gesteckt hat, nicht sagen daß er „von seiner Seite gethan was zur Uebermittlung der Erklärung an den Offerenten erforderlich" war. Das Schwankende der Abgrenzung von Erklärung und Uebermittelung liegt zu Tage[2]; von der weiteren Ausführung dürfen wir um so eher abstehn, als auch positive Gründe dafür sprechen die Perfection des Vertrags in einen andern Zeitpunkt zu verlegen als den, wo die erste Anstalt zur Vermittelung der Annahmeerklärung getroffen wird.

Der Vertragsabschluß ist mit dem ersten Schritt zur Uebermittelung der Einwilligung des Oblaten an den Offerenten noch nicht vollendet. Mit dem von Jhering[3] glücklich gewählten Ausdruck unterscheide ich die juristischen und factischen Elemente eines Vertrags. Daß beide Theile bei dem Abschluß an einem Orte sich befinden gehört zu den factischen Elementen, die juristischen Elemente müssen bei dem Abschluß unter Abwesenden wie unter Anwesenden gleichmäßig vorhanden sein. Wissen wir also was die juristischen Elemente des Vertrags unter Anwesenden sind, so wissen wir auch wann der Vertrag unter Abwesenden perfect wird, in dem Augenblick

---

2) Bei der Berathung des Deutschen Handelsgesetzentwurfs hat man sich für den Ausdruck

> **Zeitpunkt, in welchem die Erklärung der Annahme behufs der Absendung abgegeben ist,**

entscheiden zu müssen geglaubt, und in den Verhandlungen ausgeführt daß darunter der Augenblick zu verstehen sei, „in welchem die an den Antragsteller gerichtete Annahmeerklärung der Disposition des Erklärenden regelmäßig entrückt" werde. Daß hiebei der Scheurlschen verwandte Anschauungen zu Grunde gelegen ist unverkennbar, ebenso daß der Ausdruck mit dieser Interpretation die Grenze schärfer bezeichnet als der von Scheurl gewählte. Darum fallen die Resultate aber auch keineswegs überall zusammen, z. B. nicht in dem Fall, wo Acceptant den Brief selber auf die Reise mitnimmt. Auch scheint das Willkürliche der Satzung über den Zeitpunkt des Vertragsschlusses in dieser Fassung noch sichtlicher hervorzutreten als bei Scheurl.

Im § V werden wir die innere Bedeutung und Berechtigung der angezogenen Bestimmung näher zu prüfen haben.

3) Jahrb. f. Dogm. I 7. S. 275 f.

in welchem jene juristischen Voraussetzungen sich erfüllen. Der consensus ist das wesentliche Element des Vertrags; eine genügende Definition geben uns die Römischen Rechtsquellen nicht. Wie aber die Römer selber den Begriff gebrauchen, daraus sehn wir zur Genüge, daß einfach die Uebereinstimmung des Willens zweier Parteien nicht genügt, der Wille muß gegenseitig erklärt sein. Darüber kein Zweifel; zweifelhaft nur wie die Willenserklärung beschaffen sein müsse. Genügt eine solche Aeußerung aus der überhaupt auf das Dasein des Willens geschlossen werden kann? oder ist die Willenserklärung vielmehr erst dann vollendet, wenn sie in dem andern Contrahenten das Bewußtsein der Uebereinstimmung mit dem Erklärenden geweckt hat? Viele übergehn bei der Lehre vom Vertrage diesen Unterschied. Savigny (Syst. III § 140 S. 308) sagt:

> Sie müssen sich dieser Uebereinstimmung bewußt geworden sein, das heißt der Wille muß gegenseitig erklärt worden sein.

Zur vollendeten Willenserklärung gehört hienach daß der Gegentheil sie vernehme und verstehe, zum vollendeten Vertrage, daß beide Theile um ihre Uebereinstimmung wissen. Diese Sätze Savignys[4] halte ich für zweifellos richtig. Man denke an die praktischen Consequenzen. Ein völlig Tauber offerirt jemand einen Kauf, der mit Waare und Preis völlig einverstanden dies in gewöhnlicher Rede äußert. Ist der Kauf geschlossen auch wenn der Taube die Erklärung des andern keineswegs verstanden? Oder: A offerirt dem B ein Geschäft, über dessen Modalitäten beide sich vollständig einigen, nur ob er ja oder nein sagen soll ist dem B noch zweifelhaft; er bedingt sich eine kurze Bedenkzeit und entfernt sich. In der Zwischenzeit schläft A ein oder berauscht sich. B. kehrt zurück und erklärt vor dem A, der nichts hört noch sieht, seine Einwilligung. In beiden Fällen ist die Annahmeerklärung abgegeben

---

4) Daß Savigny selber nicht consequent dabei beharrt ist zuzugeben; vergl. Syst. VIII S. 235, 236, und unten § V.

um den Vertrag abzuschließen, sie ist abgegeben in einer Form, gegen die an und für sich nichts zu erinnern ist, wir nehmen an daß der Erklärende dabei ganz in bona fide den Tauben für hörend den Schlafenden für wachend gehalten hat; es fehlt nichts als daß die Erklärung in das Bewußtsein des andern Contrahenten eingedrungen. Dieses Fehlens wegen nehme ich an, daß in den vorgedachten Fällen der Vertrag noch nicht abgeschlossen ist, wogegen wer das Bewußtsein den Requisiten des vollendeten Vertrags nicht zuzählte alle Erfordernisse des Vertragsabschlusses als vorhanden, mithin den Vertrag selber als perfect ansehen muß.

Verfolgen wir die gegnerische Meinung noch weiter. Bei dem gewöhnlichen Vertrage stehn beide Theile völlig gleich; ist also das Bewußtsein des A von der gegenseitigen Einigung beider Contrahenten nicht zu erfordern, so muß der Vertrag auch ohne ein solches Bewußtsein des B zu stande kommen können. Also denken wir folgenden Fall. An einem Tage schreibt A an B, er wolle diesem sein behandeltes Haus für 1000 Thlr. verkaufen. An demselben Tage schreibt B an A, er wolle jenem dasselbe Haus für dieselbe Summe abkaufen. Beide geben ihre Briefe zur selben Stunde auf die Post. Beide Willen stimmen so überein wie dies überhaupt zu erfordern ist, beide Willen sind in angemessener Form geäußert, der erste Schritt zur Uebermittlung beider Willenserklärungen ist zweifelsohne gethan. Es fehlt nichts als das Bewußtsein beider Contrahenten von der gegenseitigen Einigung. Wer das Bewußtsein eines Contrahenten überflüssig erachtet, muß auch bei fehlendem Bewußtsein beider Contrahenten, also hier mit Absendung der Briefe den Vertrag als geschlossen ansehn. Dem obenbetrachteten ganz gleichartig wäre ein Vertrag zwischen dem Taubstummen und dem der Taubstummensprache ganz Unkundigen, wenn beide Theile wirklich eines Sinnes gewesen und jeder seinen Willen in seiner Sprache und in der Meinung von dem andern verstanden zu werden geäußert hätte. Auch hier fehlt nur das Bewußtsein der Uebereinstimmung, aber doch wol genug um die Perfection des Vertrags auszuschließen.

Aus den Quellen weiß ich für unsere Ansicht freilich nicht viele Belegstellen anzuführen, gerade weil die Römer bei dem consentire convenire placere stets an ein bewußtes Uebereinkommen denken, heben sie dies Requisit nicht besonders hervor; ich glaube aber daß die wenigen völlig genügen.

> Ulp. XX 3.: mutus surdus furiosus .... testamentum facere non possunt, surdus quoniam verba familiae emptoris exaudire non potest.

Nicht der Mangel körperlicher Integrität überhaupt (caecus kann testiren), schließt den Tauben aus, nur daß er das Bewußtsein des consensus mit dem Mitcontrahenten aus der nach den Regeln dieses Geschäfts nothwendigen Form der gegenseitigen Willenserklärung nicht gewinnen kann, hält ihn dem Mancipationstestament fern.

> §. 1 J. de V. O. 3 15: vel qua alia lingua stipulatio concipiatur nihil interest, scilicet si uterque stipulantium intellectum ejus linguae habeat.

Dem entsprechend entscheiden Ulpian (fr. 1 pr. de V. O. 45. 1) und Gajus (fr. 1 § 15 de O. et A. 45. 1) daß der Taube weder stipuliren noch promittiren könne,

> sive promittat verba stipulantis exaudire debet, sive stipuletur debet exaudire verba promittentis.

Dagegen erinnert Scheurl der Schluß von der Stipulation auf den Vertrag überhaupt sei keineswegs so bündig, als er es zu sein scheine:

> Das Wesen der Stipulationsform besteht darin, daß sie ein Austausch von Worten ist, die beide Theile mündlich an einander richten. Mit einem Tauben ist ein Austausch dieser Art nicht möglich, das an ihn gerichtete mündliche Wort ist vergeblich, die mündliche promissio an einen Tauben ist inutilis,[5] darum ist auch die stipulatio überhaupt inu-

---

5) Und warum ist das mündliche Wort vergeblich, die mündliche promissio an den Tauben inutilis, wenn sie nur den Zweck haben, den Willen des einen Contrahenten überhaupt zu äußern, nicht auch dem anderen Contrahenten zum Bewußtsein zu bringen?

tilis; sie ist ja ein formelles Geschäft, dessen Wirksamkeit eben ganz auf genauer Erfüllung der Formerfordernisse beruht.

Das ist sehr fein, wie mich dünkt zu fein um uns zu widerlegen. Das freilich wissen wir, daß der des Verbalcontracts unfähige Taube einen Consensualcontract zu schließen vermag (fr. 48 de O. et A: quia potest intelligere et consentire). Aber woher dieser Unterschied? Scheurl meint, weil das exaudire verba stipulantis und das exaudire verba promittentis zu den Formerfordernissen der Stipulation gehöre, ein ähnliches Formerfordernis bei den Consensualcontracten nicht bestehe. Bei dieser Argumentation ist das willkürlich, daß das gedachte exaudire den „Formerfordernissen" zugezählt wird. In den Quellen finden wir es nirgends als solches bezeichnet. Und dasselbe „Formerfordernis" müßte nach Ulp. XX. 3. auch bei der Mancipation wiederkehren. Uns scheint eine andere Auffassung natürlicher. Das Bewußtsein der Einwilligung des andern Contrahenten gehört überall zu den Requisiten des vollendeten Vertrags. Gestattet die Vertragsart nur die Einwilligung in mündlicher Rede kund zu thun, so ist der Taube, da er nie das Bewußtsein dieser Einwilligung erlangen kann, vertragsunfähig; ist eine dem Tauben verständliche Form der Einwilligung zulässig, so ist auch der Taube fähig solchen Vertrag zu schließen. Das exaudire ist nicht ein selbständiges Formerfordernis der Stipulation und Mancipation, sondern die Gestalt welche einem materiellen Erfordernis jedes Vertrags, dem Erlangen des Bewußtseins von der gegenseitigen Einwilligung, durch die Formerfordernisse der Verbalcontracte gegeben wird. Es widerstrebt der elegantia juris den Worten des Stipulanten und Promittenten gegenüber ein exaudire des andern Theils, und bei der formlosen Consenserklärung in freien Verträgen kein entsprechendes Entgegennehmen (Verstehen intelligere) des Mitcontrahenten zu erfordern. Scheurl meint schon bei der Offerte habe „die Willensübereinstimmung in meinem Willen und also auch in meinem Bewußtsein gelegen." Dies ist ein Trugschluß, die

Offerte ist überall nicht mehr als die Erklärung meines Willens, und kann das Bewußtsein der gegenseitigen Einwilligung niemals vertreten. Consequent wäre zu sagen gewesen daß die Offerte nicht das Bewußtsein ersetze, sondern daß dies Bewußtsein überflüssig sei. Wer dies vertritt muß aber auch die obenangedeuteten weiteren Consequenzen, Möglichkeit des Contractabschlusses mit Schlafenden und nicht verstandenen Taubstummen sich gefallen lassen, und es für willkürliche Singularitäten erklären, daß bei Mancipation und Stipulation die Römer ein exaudire des andern Theils erfordert haben.

Zählen wir demnach das Bewußtsein der Uebereinstimmung zu den juristischen Elementen des Vertrags, so kann auch zwischen Abwesenden der Vertrag nicht perfect werden, bevor der Offerent die Annahme des Oblaten erfahren hat. Zur vollständigen Willenserklärung gehört daß sie in der Absicht dem andern Contrahenten bekannt zu werden abgegeben und auch wirklich zu diesem hindurchgedrungen sei. Es genügt nicht daß Annahmebrief oder Bote bei dem Offerenten angelangt sind; ehe was sie zu melden haben von diesem oder wer für ihn Geschäfte führt in Erfahrung gebracht ist, besteht juristisch kein Vertrag, es fehlt ein juristisches, nicht blos ein factisches Element. Dies Resultat der ratio juris dürfen wir, wie Scheurl trefflich ausgeführt hat, nicht verleugnen wenn es dem Billigkeitsgefühl und der utilitas zu widerstreben scheinen möchte; darf ja der Gesetzgeber ein jus singulare contra tenorem rationis schaffen. Im vorliegenden Falle dürfte freilich das jus commune auch der utilitas entsprechen. Davon nachher.

Von den stillschweigenden Willenserklärungen ist noch zu reden. Gehört das Bewußtsein der Uebereinstimmung zum consensus, so wird der Vertrag nicht durch die Handlung perfect, in welcher beiläufig die Einwilligung sich ausspricht, sondern erst dadurch daß der Offerent von dieser Handlung erfährt. Mir ist ein Quellenzeugnis, das auf diese Frage sich bezöge, nicht bekannt; die große Mehrzahl der Stellen, welche von der stillschweigenden Willenserklärung bei Verträgen handelt, setzt offenbar Fälle voraus, wo die

Willenserklärung auch dem Mitcontrahenten bekannt geworden ist (vergl. Savigny System III § 131 N. k—u.). In keinem sehn wir die Kraft der stillschweigenden Willenserklärung, einen Vertrag zu schließen noch bevor sie dem Gegentheil bekannt geworden wäre, bezeugt. Sonach beharren wir dabei, daß bei stillschweigenden wie bei ausdrücklichen Willenserklärungen der Vertrag nicht perfect wird, bevor die Annahmeerklärung dem andern Contrahenten bekannt geworden ist.

II.

Kein Vertrag kann bevor er geschlossen worden Wirkungen erzeugen, also können auch die Wirkungen des unter Abwesenden zu stande gekommenen Vertrags nicht eintreten bevor der Offerent die Acceptation seines Mitcontrahenten erfahren hat. Damit ist aber nicht gesagt daß vor diesem Augenblicke überhaupt keine rechtlichen Wirkungen der zum Abschlusse des Vertrags erforderlichen Parteihandlungen eintreten können; fragt sich was Offerte und Annahme zu wirken vermögen bevor sie zum Vertrage sich zusammengeschlossen haben. Die Beantwortung dieser Frage wird zugleich den Einwurf zurückweisen, der freilich nicht von Scheurl aber von anderer Seite gemacht werden dürfte, daß unsere Ansicht zu verwerfen sei, weil sie wenn auch der ratio juris entsprechend doch zu praktischen Inconvenienzen führe.

Von der rechtlichen Natur der Offerte zunächst. Die Offerte ist die eine Hälfte des Vertrags, die vorausgeschickt wird, während es noch zweifelhaft ist ob die andere, die Acceptation, nachfolgen wird. So lange sie allein steht gibt die Offerte niemand ein Recht; der an den sie sich richtet erhält nur die Möglichkeit eines Rechtserwerbs. Folgt die Acceptation nicht, so erlischt die Offerte wirkungslos; erfolgt aber die Acceptation, so erzeugen jetzt beide vereint, Offerte und Acceptation zusammen, eine Obligation. Allein vermag die Acceptation nicht mehr als die Offerte, es wäre ebenso irrig die Acceptation als e i g e n t l i c h e n Grund der Obligation zu bezeichnen wie die Offerte. Offerte und Annahme sind coordinirte Momente

von ganz gleicher Kraft, abhängig von einander, so daß die eine ohne die andere nicht wirken kann; nur wenn beide zusammentreffen bewährt sich die vereinte Kraft beider.

In der Offerte also ruht eine Kraft, die einstweilen die entsprechende Wirkung nicht üben kann, bei der es fraglich ist ob sie ihre Wirkung je wird äußern können. Aber trotz diesem Gebundensein, und trotz der Möglichkeit daß sie nie zur Wirksamkeit gelange, muß eine Kraft als mit der Offerte entstanden betrachtet werden, in keinem späteren Augenblick kann sie entstehen; die Acceptation schafft eine neue Kraft, die mit der Offerte sich verbindet, sie kann aber als Erzeugerin der ersten Kraft nicht angesehen werden, da sonst auch Verträge aus Acceptation an sich ungültiger Offerten bindend sein müßten. Bevor sie volle Wirkung äußern kann documentirt sich die in der Offerte liegende Kraft darin, daß sie, wie schon gesagt, dem Oblaten die Möglichkeit eines Rechtserwerbs giebt. Wir können darum die Offerte der Delation des Erbrechts vergleichen.

Damit aber die Offerte diese rechtliche Bedeutung erhalte, muß sie wirklich das sein, als was wir sie vorher bezeichneten, die volle Hälfte eines Vertrags; eine Willenserklärung, ganz so gestaltet wie die zwei, welche im Vertrage sich zusammenfügen. Sie muß also ausgehn von einem bestimmten zum Vertragsschluß fähigen Subject, und an ein zweites gleiches und ebenso bestimmtes Subject sich richten. Denn Verträge können nur von bestimmten und mit bestimmten Individuen geschlossen werden, jeder Vertrag setzt eine beiderseitige Handlung voraus, und handeln kann das unbestimmte Subject als solches nicht. Hieraus ergiebt sich die Consequenz, daß allgemeine Ankündigungen, gewisse Prästationen für gewisse Gegenleistungen jedwedem gewähren zu wollen, die Bedeutung juristischer Offerten nicht haben. Wer einem nicht bestimmten Individuum gegenüber irgend welche Leistung verspricht, abgesehn von den Auslobungen, deren Gebiet übrigens weit mehr zu beschränken ist als häufig geschieht, der übernimmt damit keinerlei Verpflichtung, gewährt keinem dritten die Möglichkeit durch Accept des Versprechens ein Recht zu erwerben. Die große Masse der kaufmännischen Ankündigungen

in Zeitungen und wo sie sonst auftreten mögen, hat juristisch keine Bedeutung, sie dienen nur die Aufmerksamkeit und das Interesse des Publikums anzuziehn. Der Kaufmann darf für seine Waaren höhere Preise begehren als zu denen er sich öffentlich bekannt hat; unterläßt er dies, so handelt er nur der Schicklichkeit und Klugheit gemäß, das Recht zwingt ihn nicht die angegebenen Preise einzuhalten. Bestellt ein dritter Waaren schriftlich zum angesetzten Preise, so ist diese Bestellung Offerte, erst die darauf erfolgende Erklärung oder Lieferung des Kaufmanns Accept.

Auch in allen andern Beziehungen muß die juristisch wichtige Offerte völlig der Natur des Vertrags gemäß gestaltet sein, und wenn der Vertrag gegenseitiges Bewußtsein erfordert, so verlangt auch die Offerte daß der Oblat von ihr wisse. Bevor die Offerte zum Oblaten gelangt ist, kann dieser sie nicht annehmen und durch seinen Accept zum Vertrag ergänzen, die Offerte existirt noch nicht als vollendete Thatsache, nur Anerbietungshandlungen eines Theils, denen noch keine juristische Bedeutung innewohnt. Es folgt dies unmittelbar aus dem, was im vorigen über die Natur des Vertrags, insbesondere über das Requisit des Bewußtseins gesagt ist. Die ganze Bedeutung der Offerte vor der Acceptation beruht darauf, daß sie die Möglichkeit eines Rechtserwerbs in sich schließt, dies thut sie aber nur dann, wenn sie alle zum Vertragsschluß nothwendigen Momente, die nicht in die Acceptation fallen, in sich vereint. Das Bewußtsein von der Offerte ist beim Vertrage unentbehrlich, es erscheint dies Bewußtsein nicht als Theil der Acceptation, also bekommt die Offerte ihre juristische Bedeutung auch erst wenn sie in das Bewußtsein des Oblaten eindringt. Daraus folgt daß wenn ein Widerspruch des Offerenten gegen die früher abgesandte Offerte in die Hände des Oblaten noch vor der Offerte selber gelangt, dies nicht als Zurücknahme Vernichtung einer schon vorhandenen Offerte aufzufassen ist, vielmehr in solchem Falle die Offerte gar nicht existent wird, indem vor der Existenz die Möglichkeit der Entstehung ihr bereits abgeschnitten ist.

Wir setzen die Wirksamkeit der existent gewordenen aber noch

nicht acceptirten Offerte darin, daß sie der Erbschaftsdelation ähnlich dem Oblaten die Möglichkeit eines durch Willensact zu machenden Rechtserwerbs giebt, genauer die Möglichkeit einen mehr oder weniger vortheilhaften Vertrag nach Belieben abzuschließen. Diese Möglichkeit mag Wirklichkeit werden, das ist der beabsichtigte und in diesem Sinne naturgemäße Erfolg der Offerte. Die Offerte kann aber auch ohne diesen Erfolg zu erreichen nach der Existenz wieder erlöschen. So überall wenn die aus dem beabsichtigten Vertrage resultirende Obligation unmöglich würde. Auch ohne diese Unmöglichkeit in manchen Fällen, die hier näher zu prüfen sind. Scheurl zählt vier Gründe der Art auf: Ablauf von Zeit; Widerruf des Offerenten; Tod desselben; endlich bleibender Verlust der Handlungs- oder Dispositionsfähigkeit. Wir wollen die Gründe aus der Person des Oblaten und die aus der Person des Offerenten sich ergebenden unterscheiden.

Der Oblat kann ablehnen, ausdrücklich oder stillschweigend, z. B. durch Nichterklärung der Annahme. Tod, Wahnsinn, Prodigalitätserklärung Concurs müssen schon indem sie das Zustandekommen des Vertrags ausschließen, der Ablehnung gleich wirken.

Interessanter ist die Besprechung der Aufhebungsgründe aus der Person des Offerenten. Der Offerent kann seine Offerte selber wieder zurückziehn. Zunächst in der Weise, daß er mit der Offerte für die Annahme gewisse Bedingungen oder sonstige Modalitäten vorschreibt, und für den Fall des Nichteinhaltens derselben die Zurücknahme der Offerte ausdrücklich ausspricht. Der einfachste Fall der Art: „habe ich bis dahin keine Acceptation erhalten, so betrachte ich die Offerte als erloschen."

Zweifellos aber daß der Offerent auch durch nachträgliche Handlungen seine Offerte wieder aufheben kann. Dabei kommt in Frage, wie diese Handlungen beschaffen sein müssen, und binnen welcher Zeit sie zulässig sind. Gewis ist hiebei daß die blos innerliche Willensänderung, animus in contrarium actus, so gut wie das einfache Aufhören des animus offerendi für die Gültigkeit der Offerte irrelevant sind. Freilich erfordert der consensus regel-

mäßig das Uebereintreffen zweier Willen in einem Augenblick, hier kann es kommen daß ein früherer bereits vergangener Wille des einen Contrahenten mit dem gegenwärtigen Willen des andern Contrahenten zusammentrifft. Man muß von dem Requisit der Gleichzeitigkeit der beiden Elemente des Consensus absehn, oder aber den ältern rite erklärten und nicht rite revocirten Willen der abwesenden Partei als noch gegenwärtigen Willen derselben fingiren. Auf den factischen gegenwärtigen Willen des Abwesenden kann nicht gesehn werden, wenn man überhaupt Verträge zwischen Abwesenden zulassen will, da die Gewisheit dieses gegenwärtigen Willens des Abwesenden trotz Telegraphen auch jetzt noch nie zu erlangen wäre. Der in der Offerte richtig erklärte Wille muß also so lange als gegenwärtiger Wille des Offerenten gelten, bis er ebenso formell richtig wieder zurückgenommen wird. Die Willenserklärung perpetuirt gleichsam den erklärten Willen. Dabei liegt zu Tage daß der durch Erklärung so fixirte Wille nur durch eine entsprechende Erklärung wiederaufgehoben werden kann, nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvi, quo colligatum est. Ist also die Willenserklärung der Offerte erst dann als geschehn zu betrachten wann der, an den sie geht, sie erfahren hat, so kann die Zurücknahme der Offerte auch dann erst sich vollenden und wirksam werden, wann sie ebenso zu dem Oblaten gelangt ist.

Scheurl ist hierüber andrer Ansicht. Er beruft sich auf fr. 4 pr. de manum. vind. 40. 2:

> Si pater filio permiserit servum manumittere, et interim decesserit intestato, deinde filius ignorans patrem suum mortuum libertatem imposuerit, libertas servo favore libertatis contingit, cum non appareat mutata esse domini voluntas. sin autem ignorante filio vetuisset pater per nuntium, et antequam filius certior fieret servum manumisisset, liber non fit. nam ut filio manumittente servus ad libertatem perveniat durare oportet patris voluntatem; nam si mutata fue-

rit non erit verum volente patre filium manumisisse. Vergl. dazu fr. 22 eod.

Scheurl meint die Analogie der Manumission müsse für den Abschluß des Vertrags maßgebend sein. „Auch bei der Vertragsabschliessung unter Abwesenden kommt alles darauf an, daß die Annahmeerklärung auf dem dabei vorausgesetzten gegenwärtigen Dasein des Willens beruht, der in dem Antrag erklärt worden ist.“ Hiebei ist ein Punkt übersehn, der an anderer Stelle von Scheurl selber richtig erkannt wird. Bei dem Vertragsabschluß kommt es auf den im Augenblick des Abschlusses gegenwärtigen wirklichen Willen des Abwesenden nicht an, und darf es hierauf nicht ankommen. Denn der zweite Contrahent würde seltenstes Falles auf ein Geschäft sich einlassen mögen, dessen Gültigkeit abhängig wäre von einem Umstande, über den Gewisheit sich zu verschaffen durchaus unmöglich wäre. Deshalb muß wie oben ausgeführt der richtig erklärte ältere Wille an die Stelle des gegenwärtigen wirklichen Willens treten, und dieser letzte seine Bedeutung verlieren. So bei Verträgen; anders bei Manumissionen, bei denen kein zweiter Contrahent ins Spiel kommt, durchweg ein Wille entscheidet. Hier ist es völlig consequent das zu verlangen, was bei dem Contractsabschluß des zweiten Contrahenten wegen nicht erfordert werden darf, thatsächliches Fortbestehn des einen entscheidenden Willens in dem Augenblick, wo äußerlich das Geschäft sich vollendet. Durare oportet patris voluntatem sagt Julianus betreffs der Manumission; durare non oportet absentis voluntatem bei dem Vertragsabschluß, erkennt Scheurl selber an: „er kann im Offerenten schlechthin aufhören oder sich ändern und gleichwol die Acceptation des Adressaten noch die rechtliche Bedeutung einer wirklichen Einwilligung haben, weil diese ihn [voluntatem, den Willen des Offerenten] in seiner Verkörperung zum Antrag ergreift und er in dieser rechtlich noch fortbesteht, während er im Innern des Offerenten nicht mehr fortdauert.“ Neben dem entscheidenden Willen des Vaters kommt bei der Manumission auch dem Willen des Sohns nur geringe Bedeu-

tung zu, solam electionem filio concessit [pater], ceterum ipse manumittit. Es wäre ebenso unnatürlich ohne genügenden Grund, das durare voluntatem manumittentis als Requisit der Gültigkeit der Manumission fallen zu lassen, wie es widersinnig wäre auf dem durare voluntatem contrahentis zu bestehen, wenn man Verträge unter Abwesenden überhaupt nicht ausschließen will.

Scheurl beruft sich auch auf fr. 17 § 1 pro socio 17. 2, das von Hasse[6] gerade für das Gegentheil angeführt ist. Meines Erachtens beweist die Stelle für unsere Frage wenig. Sie handelt davon: wenn dem abwesenden Socius die Societät gekündigt ist, wann treten die Wirkungen dieser Renuntiation ein? Wir erfahren daß zu unterscheiden ist: die völlige Auflösung tritt erst ein wenn der absens die Renuntiation erfahren; bis dahin

> quod is acquisivit qui renuntiavit in commune redigi, detrimentum autem solius ejus esse qui renuntiaverit; sed quod absens acquisivit ad solum eum pertinere, detrimentum ab eo factum commune esse.

Also der Erwerb von A und der Verlust von B ist noch gemeinsam in der Zwischenzeit, der Schaden des A ist von diesem allein zu tragen wie der Vortheil des B diesem allein verbleibt. Es ist willkürlich dies so auszulegen „das Societätsverhältnis werde durch die Renuntiation selbst, nicht erst dadurch aufgehoben daß sie dem Abwesenden bekannt wird", was dann zumal heraustritt wenn man bedenkt daß die in der Zwischenzeit, von der ersten Aeusserung der Renuntiation seitens des A bis daß diese zum B gelangt, dem B wider den A erwachsenden Ansprüche zweifellos mit der a. pro socio zu verfolgen sind. So schlagend dies vielleicht erscheint, möchte ich doch auf fr. 17 § 1 cit. für den Beweis unserer Ansicht nicht viel geben, da die Entscheidung offenbar nicht direct aus der ratio juris sondern aus einer sehr vernünftigen Erwägung des Nützlichen und Billigen geflossen ist.

---

6) Rhein. Mus. II S. 380.

Mehr beweist für uns fr. 15 mandati. Im fr. 12 § 16 eod. wird gesagt:

> exstinctum est mandatum finita voluntate (sc. mandatoris).

fr. 15 cit. zeigt uns daß diese Aufhebung nicht wirksam wird, bevor die Willensänderung dem Mandatar bekannt geworden.

> si mandassem tibi ut fundum emeres, postea scripsissem ne emeres, tu antequam scias me vetuisse emisses, mandati tibi obligatus ero, ne damno afficiatur is, qui suscipit mandatum.

Also nicht die Willensändrung die Erklärung oder die Uebermittlung dieser Erklärung ist das Entscheidende, sondern daß der Beauftragte von der Zurücknahme des Auftrags erfahren hat. Ganz entsprechend ist die Entscheidung im fr. 12 de S. C. Mac. (14. 6):

> si jusserit pater filio credi, deinde ignorante creditore mutaverit voluntatem, locus SCto non erit, quoniam initium contractus spectandum est.

Freilich gewähren auch diese Stellen nur einen Beweis durch Analogie, aber welcher Grund wäre in Ermangelung näheres Anhalts bei der Offerte die Analogie des Mandats zurückzuweisen? — Aber mehr noch als hierauf stütze ich mich auf das schon oben angedeutete Argument: die eine gültige Offerte aufhebende Erklärung muß von gleicher Beschaffenheit sein wie die Offerte; gehört es also zum Wesen der bindenden Offerte, daß sie dem Oblaten bekannt geworden, so kann auch die Renuntiation nicht eher vollendet und wirksam sein bis sie zu dem Renuntiaten hindurchgedrungen ist.

Die Zurücknahme der Offerte kann ebensogut wie ausdrücklich auch stillschweigend durch concludente Handlungen geschehn. Da diese stillschweigenden Willenserklärungen doch auch als Willenserklärungen behandelt sein wollen, so kann auch ihre Wirksamkeit nicht beginnen bevor sie zur Kenntnis des Oblaten gelangt sind. Dies ist eine nothwendige Consequenz des vorigen. Uncivilistisch wäre es der stillschweigenden Willenserklärung größere, oder doch frühere Wirksamkeit zuzubilligen als der ausdrücklichen. Uebrigens wird unsere Ansicht auch hier wieder durch die Analogie des Man-

dats unterstützt. Im fr. 12 § 2 de solut. 46. 3 entscheidet Ulpian

> si quis mandaverit ut Titio solvam, deinde vetuerit eum accipere, [worin also die stillschweigende Zurücknahme des mir ertheilten Mandats liegt] si ignorans prohibitum eum accipere solvam liberabor, sed si sciero non liberabor.

Dasselbe bestätigen fr. 18 und fr. 38 § 1 eod.

Zweifelhafter ist binnen welcher Zeit die Zurücknahme, stillschweigende wie ausdrückliche, zulässig erachtet werden muß. Als gewis können wir hiebei ausscheiden, erstlich daß die Renuntiation unwirksam ist, wenn sie anlangt bei dem Oblaten, nachdem der Vertrag schon perfect geworden; zweitens daß sie vollwirksam ist, wenn sie eintrifft bevor der Oblat seine Einwilligung irgend wie ausgedrückt hat. Der Zweifel beschränkt sich also auf den Zeitraum, den die Einwilligungserklärung selber ausfüllt, von der ersten Willensäußerung des Oblaten bis daß diese dem Offerenten bekannt geworden. Sehn wir nun einstweilen ganz ab von dem, was im voraufgehenden festgestellt sein mag, so scheinen hierüber vier Anschauungen möglich zu sein.

a. Die Renuntiation, die in diesen Zeitraum fällt ist ganz unwirksam, weil der Vertrag durch die erste Willensäußerung bereits perfect geworden, der perfecte Vertrag aber regelmäßig durch einseitige Aufkündigung nicht aufzuheben ist. Eine Modification dieser Anschauung: die Renuntiation ist wenigstens dann unwirksam, wenn sie nach dem den Vertragsabschluß bewirkenden Anfang der Uebermittlung der Annahmeerklärung dem Oblaten zugeht. Nach beiden Ansichten wäre trotz der Renuntiation die Vertragsklage wider den Offerenten und Renuntianten zulässig.

b. Obwol der Vertrag erst mit der an den Offerenten gelangten Annahmeerklärung perfect wird, hat doch schon die erste Annahmeerklärung oder wenigstens der erste Schritt zur Uebermittlung derselben die Wirkung den Offerenten an die Offerte zu binden. Die praktische Verschiedenheit dieser Meinung von der ersten besteht

darin, daß hiernach bis zum Eintreffen der Annahmeerklärung bei dem Offerenten nur dieser, der Offerent, an den Vertrag gebunden wäre, während dem Oblaten noch ein Abgehn freistünde, vorausgesetzt nur daß er dieses dem Offerenten auch noch vor dem Eingehn der Annahme kund thun könnte.

c. Der Vertrag besteht nicht, auch ist der Offerent, trotz der Aeußerung der Annahme und dem Beginn der Uebermittlung dieser Aeußerung an den Offerenten, zur Erfüllung der Offerte nicht gebunden, wol aber zum Ersatz des Schadens, der dem Oblaten aus der an sich zulässigen Zurückziehung der Offerte erwächst.

d. Die Renuntiation ist vollwirksam. Trifft sie nur bei dem Oblaten ein bevor die Annahmeerklärung dem Offerenten bekannt und also der Vertrag perfect geworden, so ist der Offerent jeder Verbindlichkeit ledig.

Die erheblichste praktische Verschiedenheit besteht zwischen der vierten und den drei andern Ansichten. Wäre diese die richtige und allgemein anerkannte, so würde das Zustandekommen von Verträgen unter Abwesenden bedeutend erschwert. Niemand dürfte auf Offerten etwas geben, bevor er nicht erfahren daß die eigene Annahmeerklärung bei dem Offerenten glücklich eingetroffen. Das Motiv die Offerte anzunehmen, weil sie gerade einem augenblicklich empfundenen Bedürfniß abzuhelfen geeignet wäre, fiele fast ganz fort; ich weiß ja noch nicht ob die Offerte rechtliche Bedeutung haben wird, bis ich das erfahre ist vielleicht das Bedürfnis schon geschwunden, und bei dringendem Bedürfnisse thue ich jedenfalls wohl daran, mich nach sicherer Abhülfe umzusehn. Der Mangel jeglicher Garantie dafür, daß es dem Offerenten gefallen werde, bei der Offerte zu beharren, muß viele abhalten ihrerseits die Schritte zu thun, um aus der Offerte den bindenden Vertrag zu machen.

Von den vier angeführten Meinungen steht die erste mit den von uns im übrigen vertretenen Ansichten im schneidenden Widerspruch: durch die erste Erklärung der Annahme auch durch die beginnende Uebermittlung ist der Vertrag noch nicht perfect; darüber ist hier nichts weiteres zu sagen. Auch die zweite Meinung erman-

gelt soweit ich sehe der Möglichkeit einer juristischen Begründung. Bleibt uns die Wahl zwischen der dritten und der letzten. Indem ich mich für die dritte und gegen die vierte entscheide, gehe ich mit Scheurl und mit Thöl[7] Hand in Hand. Mit Scheurl divergire ich betreffs der Fragen wann der Vertrag als bindend und wann die Zurücknahme als geschehen anzunehmen, aber wie die vor bindendem Vertrage geschehene Zurücknahme der Offerte wirke, darüber denken wir in der Hauptsache gleich.

Nicht blos für das heutige auch für das Römische Recht behaupte ich das Dasein eines Entschädigungsanspruchs. Dabei wäre für das Römische Recht freilich nur an Consensualcontracte Schenkungen und ähnliche Fälle, wo die bloße Willenseinigung den Vertrag begründet, zu denken. Sprechen wir aber von einem im Römischen Recht anerkannten Anspruch, so müssen wir auch festzustellen suchen, mit welcher Klage derselbe zu verfolgen gewesen. Das ist im vorliegenden Falle nicht ganz leicht. Scheurl denkt an die a. mandati, denn

> jeder Antrag zur Eingehung eines Vertrags, zu dessen Erfüllung irgendwelche Thätigkeit von Seiten des Adressaten erforderlich ist, schließt einen Auftrag zu dieser Thätigkeit in sich.

Dann beruft er sich, und dies gewiß mit Recht, auf fr. 15 mand. 17. 1 dafür, daß Widerruf des Mandats die mit der a. mand. contraria zu verfolgenden Ansprüche des Mandatars nicht aufhebt, insofern diese aus Handlungen fließen, welche der Mandatar bevor ihm der Widerruf bekannt geworden vorgenommen hatte. Wenn die Offerte zurückgezogen wird, so behält der Oblat doch seinen Entschädigungsanspruch wegen dessen, was er auf die Offerte und also ex mandato gethan. Der Gedanke ist ansprechend. Zur

7) Handelsrecht I § 57: „Der Offerent, welcher sein Anerbieten unter Umständen zurücknimmt, unter welchen ohne die Zurücknahme nur Vertrag zwischen ihm und demjenigen, welchem er anbot, begründet gewesen wäre, muß diesem allen Schaden ersetzen, den dieser in Folge der Voraussetzung litt, daß jener bei seinem Anerbieten geblieben sei. Denn zu dieser Voraussetzung hat er nach Treu und Glauben ein Recht."

Unterstützung hätte vielleicht noch fr. 34 § 1 **mandati** angezogen werden können:

> Cum heres ex parte esses mandavi tibi ut praedium hereditarium mihi emeres certo pretio. emisti. pro coheredum quidem partibus non dubie mandati actio est inter nos, pro tua autem parte posse dubitari ait, utrumne ex empto an mandati agi oporteat.

Die Frage wird im Verlauf der Stelle nicht eigentlich entschieden, aus den folgenden Fragmenten aber geht die Zulässigkeit der a. mandati in diesem Falle zweifellos hervor.[8]

Dennoch dürfte Scheurls Gedanke kaum richtig sein. Stutzig macht uns zuvörderst daß das mandatum tua tantum gratia keine Obligation erzeugt, also die a. mandati doch nur durchschlagen würde, wenn des Offerenten, oder was sicher selten möglich eines dritten Interesse an der Annahme der Offerte, Ausführung des angeblichen Mandats, nachgewiesen werden kann. Ferner aber könnte aus der Zulassung des a. mandati leicht zu viel folgen. Der Mandant muß dem Mandatar für allen Schaden haften, der ihm aus der Ausführung des Mandats erwächst. Können wir ebenso den Offerenten, als angeblichen Mandanten, für den Erfolg jeder angenommenen, natürlich auch der nicht revocirten, Offerte verantwortlich machen wollen? Also wie bei dem mandatum qualificatum der Mandator dem Creditgeber haften muß ebenso sollte jeder Offerent dem Oblaten verpflichtet[9] sein? Mir scheint wir bürden ihm damit eine Last auf, die ihm das Offeriren bald verleiden müßte. Nur daß in einzelnen Ausnahmefällen, wie etwa in dem in fr. 34 § 1 cit. besprochenen, Offerte und Mandat ineinander aufgehn können, ist zuzugeben.

---

8) Vergl. fr. 35 36 pr. § 1 mandati, fr. 22 § 4 eod.

9) Vgl. fr. 22 § 4 cit ..... si pluribus heredibus vendentibus uni mandavero ut rem hereditariam emeret etiam pro ea parte qua heres sit obligatur mandati actione et obligat; et sane si ille propter hoc extraneo rem non addixerit quod mandatum susceperat, e x b o n a f i d e e s s e p r a e s t a r i e i p r e t i u m q u a n t o v e n d e r e p o t e r a t.

Was nun an die Stelle des a. mandati treten lassen? Im Römischen Recht sind der Fälle, wo aus dem nudus consensus Obligationen hervorgehen, nicht so viele wie bei uns; die Hauptgruppe bilden die Consensualcontracte; diese sind alle bonae fidei Geschäfte, und zwar erkennen die Römer die weitgreifende Bedeutung der b. fides für dieselben vielfach an, mit ausdrücklichen Worten und durch die Billigung der Consequenzen. Sind wir nun durchdrungen davon, daß das Zurückziehn der Offerte zu einem Consensualcontracte, auf welche der Oblat bereits gebaut hat, mit der bona fides durchaus nicht zu vereinen ist, so dürften wir die Contractsklage in solchem Falle auch wegen des vor wirklichem Centralabschluß Geschehenen zulässig erachten. Beispielsweise. Der Numerius offerirt schriftlich dem Agerius ein Grundstück. Agerius erklärt sich zum Kauf unter den gestellten Bedingungen bereit, und bricht im Vertrauen hierauf die Unterhandlungen mit Sejus über ein ähnliches Geschäft ab, oder verpflichtet sich dem Titius zu Leistungen, die den Besitz des von Numerius offerirten Grundstücks voraussetzen. Aber bevor die Einwilligungserklärung des A. zu N. gelangt, ist bereits die Rücknahme der Offerte seitens des N. dem A. zugekommen, der Kauf ist also nicht perfect geworden. Konnte Agerius die a. empti auf Entschädigung gegen Numerius anstellen?

Eine solche Ausdehnung der Contractsklage auf vor dem Contractsabschluß Liegendes dürfte nicht unmöglich erscheinen, da die Römer eine analoge Erweiterung derselben auf der Contractsaufhebung Folgendes gestatten:

> fr. 26 pr. mandati[10]: inter causas omittendi mandati etiam mors mandatoris est; nam mandatum solvitur morte. si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur.

Aehnliches gilt bei der Societät:

> fr. 40 pro socio: heres socii, quamvis socius non

10) Aehnlich fr. 58 pr. mandati.

est, tamen ea quae per defunctum inchoata sunt per heredem explicari debent.

Die Klagen, die aus den Handlungen und resp. Unterlassungen eines solchen heres non socius zwischen ihm und dem socius seines Erblassers erwachsen, sind doch wol actiones pro socio. Also hätten wir die a. pro socio aus Billigkeit und Nützlichkeitsrücksichten gegeben zwischen Personen, die nie socii geworden, wie im vorigen Falle die a. mandati aus einem Verhältnis, das kein Mandat mehr ist. Doch mag unentschieden bleiben ob die in den referirten Fällen zu gebenden Klagen von einem älteren Prätor vielleicht als utiles actiones mandati, pro socio, ex empto, oder gar als a. in factum[11] gewährt sein dürften.

Bedenken wir nun daß heut zu Tage alle formlosen Verträge Obligationen erzeugen, welche ebenso von der Billigkeit beherrscht werden wie die Römischen b. f. contractus, so werden wir uns der Folgerung nicht wol erwehren, daß auch aus der einen solchen Vertrag einleitenden Offerte eine Klage wider den Offerenten fließen könne, falls nämlich die gültige Rücknahme der Offerte zu einer Zeit geschieht, wo der Vertrag noch nicht abgeschlossen ist, wo aber in der Vereitelung des Vertragsschlusses durch den Offerenten eine Unbilligkeit wider den Offerenten liegt. Unmöglich können wir der an einen bestimmten Adressaten gerichteten Offerte geringeres Gewicht zuschreiben als einer öffentlichen Auslobung. Die Auslobung hat kein rechtlich verpflichtendes Moment vor der Offerte voraus. Nehmen wir also an daß der auf eine Auslobung Handelnde wider den Auslobenden Entschädigungsansprüche erhalte, auch wenn die Auslobung vor gänzlicher Erfüllung zurückgezogen worden, so müssen wir gleiche Ansprüche auch dem Oblaten wider den Offerenten zugestehn.

Wie man aber auch über die Klage aus der Offerte nach Römischem Recht denken mag, die Zulässigkeit einer Klage wegen der Offerte ist nicht zu bezweifeln; ist es keine andere, so ist es eine a. doli.

---

11) Fr. 12 § 6 mandati.

fr. 16 § 1 de praescr. verbis 19. 5. (Pomponii): permisisti mihi ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem. sevi nec pateris me fructus tollere. nullam juris civilis actionem esse, Aristo ait; an in factum dari debeat deliberari posse; sed erit de dolo.

Aehnliche Fälle entscheidet Ulpian[12] im fr. 34 de dolo m. 4. 3.: si cum mihi permisisses saxum ex fundo tuo ejicere, vel cretam vel arenam fodere, et sumptus in hanc rem fecerim, et non patiaris me tollere, nulla alia quam de dolo malo actio locum habebit.

Das permittere in den fraglichen Fällen kann nach dem Recht der classischen Juristen, auch wenn eine Acceptation seitens dessen, dem die Erlaubnis gegeben, gefolgt wäre, nie eine Obligation wider den Permittenten erzeugen. nullam juris civilis actionem esse, darüber sind alle einig, Aristo hatte an eine a. in factum gedacht, Pomponius und Ulpian sehn nur die a. de dolo, und negiren mit diesem Ausspruch die Existenz einer Forderung aus der Erlaubnis. Solche Erlaubnis ist nun durchaus der Offerte entsprechend, vorausgesetzt daß wir der letzteren die selbständig verbindliche Kraft vor dem Vertragsabschluß absprechen. Kein Grund den Offerenten irgend milder zu behandeln als den Permittenten; im Gegentheil, jener hat wahrscheinlich sein eignes Interesse verfolgt, während das bei diesem ebenso unwahrscheinlich ist; auch daß aus der Offerte ein Vertrag werden, aus der Erlaubnis ein obligatorisches Rechtsverhältnis nie hervorgehen kann, darf uns nur bestimmen dem Offerenten nichts nachzulassen was wir bei dem Permittenten festhalten. Und zieht der Permittent die Erlaubnis zur ungelegenen Zeit zurück, so daß dem Andern Schaden erwächst aus dem was er im Vertrauen auf die Erlaubnis gethan, so ist er in dolo, die Zurücknahme gilt unter diesen Umständen stets als dolus, nicht blos wenn sie aus der Absicht entspringt dem, der die Erlaubnis erhalten hat,

12) Fr. 6 de donationibus 39. 5. behandelt einen naheliegenden Fall entscheidet aber andere Fragen.

zu schaden. Auch wenn der Erlaubende nun sein Land selber benutzen wollte, darf er damit nicht den Vortheil verkürzen, der von der andern Seite nach der bereits aufgewandten Mühe und Kosten zu ziehen war. Dasselbe muß für die zurückgezogenen Offerten gelten.

Was das citirte fr. 10 § 1 über die Zweifel und Meinungsverschiedenheit Römischer Juristen berichtet, mag uns übrigens entschuldigen, wenn wir die Frage nach der für den behaupteten Anspruch zulässigen Klage nicht mit voller Sicherheit zu beantworten vermögen. Für das heutige Recht wird wenig darauf ankommen ob man die Klage wegen zurückgenommener Offerte als eine Erweiterung der Vertragsklage, oder als a. in factum, oder als a. doli ansieht. Die Voraussetzungen und der Erfolg dürften im Wesentlichen übereinstimmen, ob a. doli anzunehmen höchstens bei dem Uebergange auf Erben von Wichtigkeit sein.

III.

Von den andern Vernichtungsgründen der Offerte aus der Person des Offerenten stellen wir voran den Tod. Der Vertrag setzt nach unserer Annahme außer der Uebereinstimmung zweier Willen auch das gegenseitige Bewußtsein der Uebereinstimmung voraus. Dies Bewußtsein kann niemand nach dem Tode gewinnen; hat also der verstorbene Offerent nicht vor dem Tode noch die Annahme des Oblaten erfahren, so ist ein Vertrag mit ihm nicht zu Stande gekommen und kann auch überall nicht mehr zu Stande kommen. Aus der Personeneinheit von Erblasser und Erbe ließe sich die Gültigkeit des Vertrags wol rechtfertigen, aber die Personeneinheit selber ist unserem Rechte fremd, die Offerte des Erblassers ist keine Offerte des Erben, und was der Erbe von der Einwilligung des Oblaten erfährt kann das mangelnde Erfahrenhaben des Erblassers nicht ersetzen. Sonach scheint di Antwort nahe zu liegen, die Offerte werde durch den Tod dem Offerenten völlig irritirt, nur wenn die Annahmeerklärung noch vor dem Tode dem Offerenten zugegangen sei, vermöge aus ihr ein Vertrag zu entstehn.

So einfach und zweifellos an sich dies ist, dürfen wir uns doch dem nicht verschließen, daß in vielen Fällen unsere Entscheidung zur Härte wider den Oblaten, und wie es scheint zur unbilligen Härte führt. Dann freilich nicht, wenn er mit der eigenen Entscheidung über die Annahme gesäumt hat bis er den Tod des Offerenten erfahren, wol aber wenn er ohne hievon zu wissen, vielleicht gar noch bevor der Offerent gestorben ist angenommen, und die Erklärung seiner Einwilligung auch dem Offerenten zugesandt hat, aber doch nicht früh oder nicht rasch genug um diesen noch am Leben zu treffen. Der Oblat kann schon allerlei im Vertrauen auf die Offerte gethan haben, und nun durch das Ausfallen des Vertrags ohne eigene Schuld von empfindlichen Verlusten bedroht werden. Sollen wir in diesen Fällen den Oblaten auf das jus singulare eines zu erwartenden Gesetzgebers vertrösten, oder gibt schon das geltende Recht Anhalt ihm zu helfen?

Praktisch stellt sich die Frage: ist nach gemeinem Rechte der Erbe berechtigt und verpflichtet die von dem Erblasser gestellte Offerte, falls aus derselben bei Lebzeiten des Erblassers kein Vertrag geworden, als eigene Offerte gelten zu lassen, so lange wenigstens bis der Oblat den Tod des Erblassers erfahren hat? Eine wirkliche Berechtigung des Erben hiezu dürfte schwer zu beweisen sein, wofern aber die angebotenen Leistungen der Art sind, daß sie keine besondern vielleicht nur bei dem Erblasser anzutreffenden Eigenschaften in der Person des Leistenden voraussetzen, so wird zweifellos der Oblat, der sich für die Annahme bereits ausgesprochen hat, zufrieden sein den Erben in die vom Erblasser proponirten Verbindlichkeiten eintreten zu sehn. Der Vertrag wird aber in solchem Falle als Vertrag zwischen dem Oblaten und dem Erben, nicht mit der Acceptation der von dem Erblasser gestellten Offerte perfect, auch nicht mit der Erklärung des Erben an die Stelle des ursprünglichen Offerenten treten zu wollen, sondern erst mit der vollendeten Acceptation dieser Erklärung seitens des Oblaten, d. h. in dem Augenblick, wo der Erbe die Genehmigung des Oblaten erfährt, daß er, Erbe, in das vom Erblasser in Vorschlag gebrachte Rechtsverhältnis zu dem Oblaten trete.

Für die Verpflichtungen des Erben eines Offerenten dürfte was das Römische Recht über die Wirkungen des Mandats nach dem Tode des Mandanten bestimmt, zunächst zu vergleichen sein:

mandatum solvitur morte mandatoris.[13]

Dennoch kann der Mandatar durch Handlungen, die er nach dem Tode des Mandanten vornimmt, die a. mandati erwerben:

sed utilitatis causa receptum est, si mortuo eo qui tibi mandaverat tu ignorans eum decessisse exsecutus fueris mandatum, posse te agere mandati actione; alioquin justa ac probabilis ignorantia tibi damnum afferret.

Ganz entsprechend diesen Worten der Institutionenstelle Paulus im fr. 26 pr. cit. Etwas kürzer African im fr. 34 § 1 mandati:

morte insecuta cum id scieris resoluto mandato.

Nach den andern Stellen müssen wir diesen Ausdruck für den minder genauen halten, der Tod selber nicht erst das Erfahren davon hebt ein gewöhnliches Mandat auf. Aus Nützlichkeitsgründen wirkt das mandatum morte resolutum eine Zeit lang noch dem fortbestehenden Mandate gleich. Warum hebt mors mandatoris das Mandat auf? Weil das mandatum die Geschäftsführung nach Willen dessen begreift, auf den die Geschäfte sich beziehen; ist der Mandant todt, so sind die Geschäfte, die der Mandatar besorgt, keine Geschäfte des Mandanten, und von Erbschaft oder Erben hat der Mandatar keinen Auftrag. Daß dem Mandatar wegen solcher Geschäfte die a. negotiorum gestorum wider die Erben des Mandanten zustehn müßte, ist nach fr. 5 de neg. gest. 3. 5. gewis. Was also utilitatis causa receptum est beschränkt sich darauf, daß ein Rechtsverhältnis, das eigentlich negotiorum gestio ist, als Mandat behandelt wird.

Daraus ist für unsere Frage nicht viel zu entnehmen. Wie aber steht es mit der verbindlichen Kraft der Geschäfte, die resoluto

13) Fr. 26 pr. mandati, § 10 J. eod. 3. 26.; fr. 19 § 3 de donationibus 39. 5.

morte mandato der Mandatar vorgenommen hat? Vermag der Wille des verstorbenen Erblassers noch Rechtsverhältnisse mit Dritten zu begründen? Das Mandat kann auf juristische oder auf rein factische Mitwirkung bei Geschäften des Auftraggebers gehn. Im ersten Falle ist es der Wille des Mandatars, der das Geschäft zum Abschluß bringt. Das Geschäft ist bindend für den Mandatar und den dritten Contrahenten, wegen des Geschäfts hat der Mandatar die a. mand. contraria (statt der a. neg. gest.) wider die Erben des Mandanten; dies alles interessirt uns hier nicht. Ist aber die Mitwirkung des Mandatars auf das factische beschränkt, so ist es der Wille des Auftraggebers, der in dem Vertrage lebt. Wie steht es in diesem Falle, wenn der Auftraggeber vor der Ausführung gestorben ist, der Mandatar aber dennoch die Ausführung nicht unterlassen hat, weil er von dem Tode keine Kenntnis erhalten hat?

In den Pandekten finden sich mehre Entscheidungen, die nähere Betrachtung verdienen:

1) A will dem C schenken, und gibt darum Geld, das ihm gehört, an den B dies dem C zu bringen. Bevor B bei C anlangt stirbt A. B giebt dennoch nachher das Geld an C. Julian belehrt uns „non fieri pecuniam dominii mei“, d. h. des Donatars C.[14]
2) A giebt in ähnlicher Weise dem B Geld um dies dem C als creditum zu geben. Nach dem Tode des A gibt B ohne um den Tod jenes zu wissen das Geld an C. African entscheidet „nummos accipientis non faciet.“[15]
3) A gibt dem B Auftrag eine Summe an C zu geben, dem er sie schenken will. „si tu (B) ignorans me (A) mortuum hoc feceris, h a b e b i s a d v e r s u s h e r e d e s m e o s m a n d a t i a c t i o n e m, si sciens non habebis.“ Das Geld hat B in diesem Falle offenbar aus eigenen Mitteln gegeben.[16])

14) Fr. 2 § 6 de donationibus.
15) Fr. 41 de R. C. 12. 1.
16) Fr. 19 § 3 de donat. von Ulpian.

4) A hat seinem Darlehnsschuldner B Auftrag gegeben die schuldige Summe an C auszuzahlen, dem er sie schenken will, „si mortuo donatore Sejo (C) dedisse proponatur erit consequens dicere pecuniam Seji fieri sive mortuum scivit sive ignoravit is (B) qui dabat.“ Nur für die andere Frage, ob B durch diese Zahlung befreit wird, ist sein Nichtwissen erheblich.[17]

5) Dieselbe Entscheidung ausgedehnt auf verwandte Fälle findet sich noch zweimal. Ob B Darlehnsschuldner ist, darauf kommt nichts an, auch darauf nichts daß A die Absicht hat dem C zu schenken, „si quis (A) debitori (B) suo mandaverit ut Titio (C) solverit, et debitor mortuo eo cum ignoraret solverit, liberari eum oportet.“[18]

6) Nicht B sondern C ist Schuldner des A, uud B hat von diesem ein Mandat erhalten das Geld von C zu erheben. Zahlt C ohne um den Tod des A zu wissen, so wird er frei.[19]

Leider lassen die Entscheidungen dieser Fälle noch manchem Zweifel Raum. fr. 2 § 6 cit. hat für unsere Fragen kaum mehr als den Schein von Bedeutung. Die Stelle sagt nicht daß die Schenkungsofferte irritirt wird, wenn der von dem sie ausgeht stirbt bevor sein Bote zum Donatar gelangt ist, wenigstens sagt sie dies nicht für die Schenkungen des Justinianischen Rechts, sie sagt nur daß das Geld durch die Tradition nicht in das Eigenthum dessen kommt, dem die Schenkung zugedacht ist. Aber daß kein Eigenthumsübergang statt finden kann, liegt auf der Hand. Das Geld, das unser B dem C übergiebt, ist im ersten Falle im Augenblick der Tradition nicht mehr Geld des A sondern entweder hereditatis oder heredum, diese Eigenthümer haben in die Veräußerung nicht eingewilligt, ohne Einwilligung des Eigenthümers aber kann kein Dritter, abgesehn von den bekannten Ausnahmen, Eigenthum über-

---

17) Fr. 19 § 3 cit.

18) Fr. 26 § 1 mandati von Paulus, und fr. 32 de solut von Julian.

19) Fr. 41 de R. C. 12. 1.

tragen. Eben deshalb kommt auch das creditum im zweiten Falle nicht zu stande, wogegen bei der Schenkung des dritten Falles, dem ersten Falle gleich bis auf den einen Unterschied daß der Mandatar nicht Geld des Auftraggebers zu überbringen hat, das Eigenthum anscheinend auf den Beschenkten übergeht. Ob das creditum des zweiten Falls mit dem Empfänger bereits verabredet war oder nicht, ist nach Römischem Recht augenscheinlich irrelevant. Aber auch wir müssen, wenn durch Vertrag die Verbindlichkeit ein Darlehn zu geben übernommen wäre, die Hingabe des Darlehns also als Erfüllung der Vertragsschuld erschiene, entscheiden „nummos non fieri accipientis“, da die Eigenthumsübertragung durch Handlungen Dritter auch nach unserem Recht die Einwilligung des gegenwärtigen, nicht eines früheren Herrn voraussetzt. Uebereinstimmend müssen wir nach Römischem wie nach heutigem Deutschen Rechte ganz allgemein sagen, daß wenn B Geld des A erhalten hat um Schulden desselben zu bezahlen, und A vor der Zahlung stirbt, durch die von B bona fide vorgenommene Tradition des Geldes doch das Eigenthum nicht auf den Empfänger kommt; was denn freilich nicht ausschließt daß der Empfänger, wenn er wirklich Gläubiger war, das emfangene Geld doch nicht wieder herauszugeben braucht, dolo facit qui petit quod redditurus est, und auch das Eigenthum leicht nachträglich durch Consumption erwerben kann.

Ich habe gesagt für das Justinianische Recht spreche das fr. 2 § 6 cit. die Ungültigkeit der Schenkung von der es rede nicht aus, nummos non fieri dominii mei sei etwas andres als donationem non valere, beides könne zusammenfallen brauche aber nicht zusammenzufallen. Nach dem Recht Julians war dies anders, aber seit durch Justinians c. 35 de donationibus 8. 54 alle Schenkungen, wenn überhaupt Verträge, durch den bloßen Consensus perfect werden, kann die Schenkung nicht mehr von der Wirksamkeit der datio abhängig gedacht werden. Man vergleiche den Fall des fr. 19 § 3 cit. mit dem Fall des fr. 2 § 6 cit. Nach fr. 19 § 3 kein Zweifel daß das Geld Eigenthum des Empfängers wird, während nach fr. 2 § 6 das Gegentheil ebenso gewis ist.

Der Unterschied beider Fälle beruht lediglich darauf, daß im einen Falle es Geld des Schenkers ist, das überbracht werden soll, im andern Falle der Mandatar die zu schenkende Summe aus seinem Vermögen gibt. Diese Differenz genügt wie schon bemerkt auch nach heutigem Recht der Tradition im ersten Falle die Kraft der Eigenthumsübertragung zu entziehn, während im zweiten Eigenthum übergeht, aber sie ist für die Geltung der Schenkung selber nach c. 35 cit. nicht maßgebend:

> ex lege nostra necessitatem ei imponi etiam tradere hoc quod donare existimavit, ut non ex hoc inutilis sit donatio quod res non traditae sunt; nec confirmetur ex traditione donatio sed liberalitatem plenam et secundum nostram legem perfectissimam constitutam sequatur necessarius traditionis effectus.

Ist es hienach indifferent ob überhaupt eine Tradition erfolgt ist oder nicht, so kann die Gültigkeit der Schenkung auch davon nicht abhängen, ob die Tradition Eigenthum überträgt, oder ohne diesen Erfolg bleibt. Fragen wir aber wie es denn überhaupt mit der Geltung einer Schenkung steht, bei welcher der Schenker verstirbt bevor der Bote, welcher den zu Beschenkenden von der Absicht des Schenkers in Kenntnis setzen und vielleicht gleich die Schenkung erfüllen sollte, seinen Auftrag vollbracht hat, so werden wir zugeben müssen daß fr. 2 § 6 wie fr. 19 § 3 de donat. uns die Antwort hierauf schuldig bleiben. fr. 2 § 6 beweist, wie gezeigt, nicht die Ungültigkeit; ebensowenig fr. 19 § 3 die Gültigkeit. Das Geld wird Eigenthum des vermeintlich Beschenkten, der Zahlende hat die mandati a. wider die Erben, ob aber die Schenkung zu recht besteht wird nicht gesagt.[20] Die beiden angezogenen Fragmente geben uns also keinen Anhalt für die Beantwortung der allgemeinen Frage, welche Kraft die Offerte nach dem Tode des Offerenten habe, da

20) Daß die entstehende a. mandati so wenig wie der Eigenthumsübergang die Gültigkeit des zu Grunde liegenden Geschäfts beweisen, ergiebt auch fr. 47 de cond. ind. 12. 6.

sogar für die speciellen Fälle, auf welche sie sich beziehn die Entscheidung dieser Frage daraus nicht zu entnehmen ist.[21]

Auch die Entscheidung des Falls, den wir als zweiten angeführt haben, fördert uns nicht mehr. Wir erfahren nur daß die als creditum gegebenen nummi accipientis non fiunt. Das genügt wiederum ein mutuum als Römischen Realcontract nicht zu Stande kommen zu lassen. Aber der Grund ist wie bei der Schenkung das erloschene Eigenthum, und also nicht, wenigstens nicht nothwendig der erloschene Wille des Mandanten. Auf das Zustandekommen oder Nichtzustandekommen einfacher Verträge unter entsprechenden Voraussetzungen dürfen wir wiederum nicht schliessen.

Sonach bleiben uns nur noch die zwei Bestimmungen, daß falls der Gläubiger Auftrag gegeben entweder dem Schuldner an einen Dritten zu zahlen, oder einem Dritten Zahlung von dem Schuldner in Empfang zu nehmen, in beiden Fällen wenn Gläubiger vor dieser Zahlung stirbt, Schuldner aber ohne um den Tod zu wissen zahlt, die Zahlung den Schuldner befreit (S. 374 A. 4—6,). Diese Entscheidungen sind für unsere Fragen nicht ohne Bedeutung. Jede wirkliche Zahlung ist ein Vertrag zwischen dem Zahlenden, nicht immer dem Schuldner, und dem Gläubiger. Dieser Vertrag kann auch nach des Gläubigers Tode gültig zu Stande kommen, wenn der Gläubiger vor seinem Tode seinen Willen über die Modalitäten der Zahlung erklärt hat (Offerte), und der Schuldner nachher diesem Willen entsprechend und ohne um den Tod des Gläubigers zu wissen zahlt. Die Erben, die gegenwärtigen Gläubiger, müssen sich unter dieser Voraussetzung die Zahlung in dieser Weise gefallen lassen, sie als Zahlung annehmen; der Schuldner wird frei. Die Erben werden also in diesem Falle gezwungen die Offerte ihres Erblassers wie

---

21) Nachträglich ist noch zu bemerken, daß auch wenn aus fr. 2 §. 6 und fr. 19 § 3 de donat. die Gültigkeit oder Ungültigkeit in den fraglichen Fällen mit Gewisheit sich ergäbe, doch der Schluß von hieraus auf das Zustandekommen anderer Verträge nicht unbedenklich wäre. Einmal weil es fraglich ist, ob die Schenkung überall Vertrag, sodann weil die Schenkung als lucrativa causa anders beurtheilt sein könnte als onerose Geschäfte.

ihre eigene gelten zu lassen. Damit ist uns die Entscheidung eines der Fälle die uns beschäftigen aus den Römischen Quellen gegeben. Aber unsere Quellen selber bezeichnen diese Entscheidung als eine singuläre:

> neque enim sicut illud receptum est, ut debitores solventes ei liberentur, ita hoc quoque receptum ut credendo nummos alienaret.

„receptum est" d. h. utilitatis causa receptum est, aus Billigkeitsrücksichten, im Interesse des Verkehrs; dies und jene sind so einleuchtend, daß das Abgehn von der juris ratio uns nicht wundern mag. Wie fest übrigens die Rechtsregel aufrecht gehalten wird zeigt fr. ult. de solutionibus.

> ei, cui jussi debitorem meum post mortem meam solvere, non recte solvitur.

Nur für den ignorans debitor tritt die Billigkeit ein, weiß der Schuldner um den Tod, so verliert der Auftrag seine Kraft, obgleich sonst ein mandatum auch nach dem Tode des Auftraggebers wirken kann wenn es ausdrücklich auf die Zeit post mortem gestellt ist.

Gewis müssen wir in Uebereinstimmung mit den Römern die Regel anerkennen, daß der Erbe nicht berechtigt und nicht verpflichtet ist die Offerte des Erblassers, als eigne Offerte gelten zu lassen, der Erbe succedirt nur in das fertige Rechtsverhältnis, nicht in die Maßnahmen des Erblassers, die Rechtsverhältnisse erst zu erzeugen bestimmt waren [22]. Ebenso aber müssen wir auch die Ausnahme, die schon im Römischen Recht Anerkennung gefunden, als Bestandtheil auch unseres Rechts betrachten. Hat der Gläubiger seinem Schuldner Vorschläge, Offerten über die Art der Zahlung gemacht, und der Schuldner zahlt nach dem Tode aber bevor er den Tod erfahren in der angegebnen Art, so wird er hiedurch frei. Ob der Gläubiger verstorben bevor die Offerte an den Schuldner gelangt

---

22) Ganz wie der Erbe regelmäßig nur in die vom Erblasser schon erworbene Erbschaft und nicht auch in die hereditas delata succedirt.

ist oder nachher, darauf kommt hiebei nichts an, die Quellen unterscheiden die Fälle nicht, und uns fehlt jeder Grund zur Unterscheidung.

Ob wir aber das, was ex utilitate receptum est, über das in den Quellen angegebene Maß bei dem Nachweis gleicher utilitas erweitern dürfen? Der nächste Schritt wäre wol daß wir überall, wo die Offerte darauf hinausliefe, daß Oblat eine gewisse Leistung an den Offerenten machen sollte, und Oblat nach dem Tode des Offerenten aber bevor er denselben erfahren, die Leistung ganz oder theilweise im Vertrauen auf die Offerte vorgenommen, dem Oblaten Klage auf eine der Offerte entsprechende Gegenleistung des Erben zubilligten. Daß in solchem Falle überhaupt eine Klage wider den Erben zulässig ist, kann nicht bezweifelt werden, die Frage dreht sich nur darum, ob die Klage als gewöhnliche condictio sine causa nur auf die Bereicherung des Erben sich erstreckt, oder ob der Kläger volle Entschädigung, oder eine Gegenleistung nach Maßgabe der Offerte fordern kann.

Dagegen würde es kaum zu rechtfertigen sein, wenn wir der Ausnahme ein noch größeres Gebiet einräumen wollten. Nicht alles, was der Oblat auf Grund der erhaltenen Offerte gethan oder unterlassen hat, kann ihm einen Anspruch, wenn auch nur Entschädigungsanspruch wider den Erben geben, der durch die Offerte des Erblassers sich binden zu lassen nicht gewillt ist; namentlich kann auch die doli a. hier nicht in ähnlicher Weise wie bei der Rücknahme der Offerte durch den Offerenten selber zur Anwendung kommen. Wer dem andern gesagt hat „thu das, ich werde jenes dagegen thun“ handelt wider den andern stets dolos, wenn er, nachdem jener auf seine Worte hin bereits etwas gethan hat, die versprochene aber noch nicht wirklich geschuldete Gegenleistung nicht gewährt, und hiedurch den andern zu schaden bringt. Bei dem Erben aber, der den Worten des Erblassers nicht nachkommen mag, ist doloses Handeln ebenso allgemein nicht erweislich. Könnte sein daß der Erblasser sehr leichtsinnige Offerten, oder vielleicht gar in der Absicht Vorschläge gemacht hätte, um sein Vermögen zum Nachtheil

der Erben zu dilapidiren. Besondere Umstände können natürlich auch die Handlungsweise des Erben als dolos erscheinen lassen. Abgesehn von diesen besondern Fällen müssen wir es dabei bewenden lassen, daß der Erbe nur dann durch die Offerte gebunden wird, wenn Oblat den Vorschriften der Offerte entsprechende Leistungen an den Offerenten, resp. den Erben desselben vorgenommen bevor er den Tod des Offerenten in Erfahrung gebracht hat.

Ebenso wie der Tod muß ausbrechender Wahnsinn des Offerenten wirken, denn der Wahnsinnige ist des Bewußtseins daß der Oblat acceptirt habe ebenso unfähig wie der Todte. Dem Wahnsinn dürfte dann die Prodigalitätserklärung und dieser wieder die Eröffnung des Concurses gleichzustellen sein, soweit wenigstens wie es sich um Verträge handelt, welche sich auf das dem Concurse verfallende Vermögen beziehn.

Von den von Scheurl angeführten Gründen des Wegfalls von Offerten ist nur einer, Zeitablauf, nicht besonders von uns besprochen worden, wol aber ist beiläufig darüber schon das nöthige gesagt. Zeitablauf ist kein selbständiger Erlöschungsgrund, wo Scheurl und andere vom Zeitablauf reden, steht überall entweder eine Zurücknahme der Offerte seitens des Offerenten, oder eine Ablehnung seitens des Oblaten in Frage. Die Nichtäußerung des Consenses während gewisser Zeit ist stets entweder die Bedingung der einen oder die Form der andern Willenserklärung. Hat der Offerent ausdrücklich eine Zeit genannt, binnen welcher der Oblat sich erklären möge, so ist damit gesagt, daß nach Ablauf der Zeit ohne Erklärung der Offerent seinen Antrag zurücknehme. Hat aber auch der Offerent keine Zeit genannt, so kann doch aus der Natur des Geschäfts und aus der Gestalt der Offerte zu entnehmen sein, daß der Offerent die Absicht gehabt mit seiner Offerte sich nur auf gewisse Zeit zu binden. Nach Ablauf dieser Zeit ohne Acceptation ist also auch hier eine Zurückziehung der Offerte, und zwar durch stillschweigende Willenserklärung anzunehmen. Das Unterbleiben der Annahme der Offerte seitens des Oblaten während der fraglichen Zeit ist also die Bedingung unter der jene ausdrückliche wie diese

stillschweigende Willenserklärung in Kraft tritt. Die Gründe, welche den Oblaten bestimmt haben mögen die Annahmeerklärung nicht abzugeben, sind in beiden Fällen für die Wirksamkeit der Zurücknahme ganz bedeutungslos. Möglich aber auch daß eine Zeit für die Annahme, und damit eine bedingte Aufhebung der Offerte von dem Offerenten weder ausdrücklich noch stillschweigend gesetzt ist, und daß dagegen das längere Unterbleiben der Antwort auf solche Offerte als stillschweigende Ablehnung seitens des Oblaten anzusehn ist. Wo dieser Fall in Frage steht, kommt den Ursachen die das längere Schweigen des Oblaten bewirkten, Bedeutung zu. Ob das Nichtaussprechen der Annahme als erfüllte Bedingung der stillschweigend geäußerten Zurückziehung seitens des Offerenten, oder als selbständige Ablehnung seitens des Oblaten zu betrachten sei, ist quaestio facti. Soviel aber dürfte zweifellos sein, daß der Zeitablauf nie selbständig sondern nur indirect in den angegebenen Weisen zur Aufhebung einer Offerte führen kann.

Auch in der Beantwortung einer andern Frage, die sich jener anreiht, kann ich mit Scheurl nicht ganz übereinstimmen. Die etwa noch nach dem entscheidenden Zeitpunkt erfolgende Acceptation soll ein schwankendes Verhältnis erzeugen, „jenachdem der Offerent sie freiwillig als Vertragsabschluß anerkennt oder nicht ist dadurch das Vertragsverhältnis als entstanden oder als nicht entstanden zu betrachten". Diese Auffassung ist wol keine scharf juristische. Die zurückgezogene und ebenso die abgelehnte Offerte ist keine Offerte mehr, und kann auch durch die bloße Anerkennung des Offerenten nicht rückwärts wieder dazu gemacht werden. Also ist die spätere scheinbare Acceptation des Oblaten, gar nicht Acceptation einer Offerte, sondern selber Offerte, ihrem Inhalt nach entsprechend der ersten gegentheiligen jetzt irritirten Offerte. Diese neue Offerte bedarf ihrerseits der Acceptation um einen Vertrag zu erzeugen, und erst mit dem Augenblick, wo diese Acceptation dem neuen Offerenten zugeht, wird dieser Vertrag geschlossen.

IV.

Von der Acceptation ist, nach dem was über den Vertrag und die Offerte vorausgegangen, nur wenig zu sagen. Die Acceptation ist die andre Hälfte des Vertrags, eine Willenserklärung des Oblaten, die so gut ausdrücklich wie stillschweigend abgegeben werden kann, und in beiden Fällen nicht eher perfect wird bis sie dem Offerent bekannt geworden. Bis zu diesem Termin muß also auch eine Zurücknahme der Acceptation möglich sein, deren Wirksamkeit nur davon abhängt, daß sie, die Zurücknahme, eher zu dem Offerenten gelangt als die vorausgeschickte Annahme. Die erst nach der Perfection des Vertrags eintreffende Revocation müßte wirkungslos bleiben. Uebrigens ist die Möglichkeit auch einer stillschweigenden Revocation anzuerkennen, doch dürfte eine solche nur selten anzunehmen sein.

Welchen Einfluß der Tod des Acceptanten auf die zwar schon geäußerte aber noch nicht an den Offerenten gelangte Acceptation ausübt? Im Augenblick des Todes ist der Vertrag noch nicht perfect; ist bei dem Eintrage der Annahme die Perfection des Vertrags zwischen den Erben des Acceptanten und dem Offerenten anzunehmen? oder schließt der Tod selber? oder vielleicht das Bekanntwerden des Todes vor der Acceptationsbenachrichtigung das Zustandekommen des Vertrags aus?

Die Analogie der Wirkungen des Todes des Offerenten vor perfectem Vertrage ist hier nicht durchschlagend. Ist der Offerent gestorben bevor die Acceptation des Oblaten eingegangen ist, so fehlt dem Vertrag ein wesentliches nach dem Tode des Offerenten nicht mehr zu gewinnendes Requisit: das Bewußtsein des einen Contrahenten, des Offerenten, von der Willensübereinstimmung mit dem andern. Stirbt der Acceptant nach der Acceptation, bevor diese dem Offerenten bekannt wird, so hat doch nach diesem Bekanntwerden jeder Theil nicht blos übereinstimmenden Willen selber erklärt, sondern auch den übereinstimmenden Willen des andern vernommen, und nur das kann uns die Geltung des Vertrags zweifelhaft machen, daß beide Contrahenten das Bewußtsein ihrer Uebereinstim-

mung nicht in einem Zeitpunkt zugleich gehabt haben. Denn daß in diesem Falle die entstehende Obligation erst für die Erben des einen Contrahenten in Kraft tritt, kann an sich kein Bedenken machen da schon im Justinianischen Recht die Regel ab heredis persona obligatio incipere non potest aufgehoben ist. Auch scheint es nicht unbillig gegen den Offerenten diesen überhaupt mit den Erben des Oblaten in ein Rechtsverhältnis treten zu lassen, da derselbe Erfolg eingetreten wäre wenn der Erblasser zwar nach dem Abschluß des Vertrags, aber vor der Erfüllung der vertragsmäßig bestimmten Leistungen gestorben wäre, und Offerent die Möglichkeit dieses Erfolgs schon bei der Offerte vorhersehn mußte.

Wenn die Willensübereinstimmung und das Bewußtsein dieser Uebereinstimmung bei beiden Contrahenten nothwendig gleichzeitig vorhanden sein muß, so schließt der Tod des Acceptanten das Zustandekommen des Vertrags aus; dürfen wir dies Requisit fallen lassen, so können wir die Möglichkeit der Perfection des Vertrags auch nach dem Tode des Acceptanten zugeben. Eine Mittelmeinung möchte dahin gehen, nicht der Tod selber aber das Bekanntwerden des Todes vor dem Eintreffen der Acceptation verhindere den Abschluß des Vertrags.

Thatsächliche Gleichzeitigkeit erfordern wir bei dem zum Vertrag nothwendigen Consense nicht. Wir nehmen an daß die Offerte wie die Acceptation durch bloße Willensänderung nicht aufgehoben werde, nur durch die dem Gegentheil noch vor dem Vertragsabschluß zugegangene Revocation. Hat eine solche nicht rechtzeitig erklärte Willensänderung des einen Contrahenten stattgefunden, so ist im Augenblick des Vertragsabschlusses in der That nur der Wille des einen Contrahenten vorhanden, der fehlende gegenwärtige Wille des andern wird ersetzt durch die frühere richtig abgegebene nicht wiederaufgehobene Willenserklärung. Diese Analogie dürfte auch für die Einwirkung des Todes des Acceptanten auf die dem Offerenten noch nicht zugegangene Acceptation maßgebend sein. Freilich fehlt es im Augenblick der anzunehmenden Perfection des Vertrags an dem gegenwärtigen Willen des nunmehr verstorbenen Acceptan-

ten, aber auch dieser Wille wird ersetzt durch die eingetroffene Aeußerung des früheren Willens. Dem Tode, d. h. dem einfachen Erlöschen des Willens auf die vorher geäußerte Willenserklärung größeren Einfluß einzuräumen als der Umkehr des Willens, dem Wollen des Gegentheils, scheint inconsequent. Wie nach der Willensänderung ebenso muß die in angemessener Weise geschehene Aeußerung des Acceptationswillens auch nach dem Tode den gegenwärtigen Willen zu ersetzen vermögen, und also statt des erloschenen wirklichen Willens zum Vertragsabschluß genügen.

Auch das Bekanntwerden des Todes kann die vor dem Tode abgegebene Willenserklärung nicht irritiren. In der Revocation liegt die Erklärung des Willens nicht zu contrahiren, die Todesnachricht meldet nur daß der frühere Acceptant nicht mehr den Willen hat zu contrahiren. Die einmal abgegebene Erklärung wird nicht durch das Erlöschen des Willens aus dem sie hervorgegangen, sondern nur durch Verkehrung dieses Willens in sein Gegentheil, vorausgesetzt übrigens daß diese Verkehrung rechtzeitig bekannt geworden, wiederaufgehoben. Die Todesnachricht sagt nicht mehr als die Mittheilung, der Acceptant denke im Augenblick nicht an den Vertragsabschluß und habe also auch den animus contrahendi nicht mehr; wol zu unterscheiden davon, daß er den animus non contrahendi, acceptationem revocandi habe. Mehr als diese Mittheilung dürfte die Todesnachricht auch nicht zu wirken vermögen, und also auch nach derselben der Vertrag abgeschlossen werden, sobald die vor dem Tode abgegangene Acceptation bei dem Offerenten eintrifft. Der Vertrag gilt also in dem besprochenen Falle trotz dem Tode und trotz dem Bekanntwerden des Todes des Acceptanten so gut als ob derselbe mit dem Erblasser bei dessen Lebzeiten geschlossen wäre. Daß dem Verlust der Handlungs- oder der Dispositionsfähigkeit des Acceptanten nach geäußerter Annahme kein größerer Einfluß zukommen kann als dem Tode desselben, möchte nicht zu bezweifeln sein.

V.

Der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs enthält nach den Beschlüssen der zweiten Lesung über unsere Fragen folgende Bestimmungen:

Art. 296. Ueber einen Antrag unter Gegenwärtigen zur Abschließung eines Handelsgeschäfts muß die Erklärung sogleich abgegeben werden, widrigenfalls der Antragende an seinen Antrag nicht länger gebunden ist.

Art. 297. Bei einem unter Abwesenden gestellten Antrage bleibt der Antragende bis zu dem Zeitpunkte gebunden, in welchem er bei ordnungsmäßiger rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letztern erwarten darf. Bei der Berechnung dieses Zeitraums darf der Antragende von der Voraussetzung ausgehn, daß sein Antrag rechtzeitig angekommen sei.

Trifft die rechtzeitig abgesandte Annahme erst nach diesem Zeitpunkt ein, so besteht der Vertrag nicht, wenn der Antragende in der Zwischenzeit oder ohne Verzug nach dem Eintreffen der Annahme von seinem Rücktritt Nachricht gegeben hat.

Art. 298. Geht der Widerruf eines Antrags dem andern Theile früher als der Antrag, oder zu gleicher Zeit mit demselben zu, so ist der Antrag für nicht geschehn zu erachten.

Ebenso ist die Annahme für nicht geschehn zu erachten wenn der Widerruf noch vor der Erklärung der Annahme, oder zu gleicher Zeit mit derselben bei dem Antragsteller eingegangen ist.

Art. 299. Ist ein unter Abwesenden verhandelter Vertrag zu Stande gekommen, so gilt der Zeitpunkt, in welchem die Erklärung der Annahme behufs der Absendung abgegeben ist, als der Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrags.

Art. 300. Eine Annahme unter Bedingungen oder Einschränkungen gilt als Ablehnung des Antrags verbunden mit einem neuen Antrage.

Wegen des nun folgenden Art 301 verweisen wir auf § VI.

Da er nur einen besondern Fall im Auge hat können wir ihn hier übergehn; dagegen kommt noch in Betracht:

> Art. 280. Ein Antrag ein Auftrag oder eine Vollmacht, welche von einem Kaufmann in dem Handelsgewerbe ausgegangen sind, werden durch seinen Tod nicht aufgehoben sofern nicht eine entgegengesetzte Willensmeinung aus seiner Erklärung oder aus den Umständen hervorgeht.

Stellen wir die einzelnen Sätze zusammen, die sich hieraus ergeben:

I. Die Offerte wird nicht eher perfect und bindend bis sie dem Oblaten zugegangen. Dies folgt mit Nothwendigkeit aus Art. 298. Wäre die Offerte schon durch die Absendung bindend für den Offerenten, so könnte sie durch den nachträglich abgehenden Widerruf nicht wiederaufgehoben werden.

II. Die Annahme wird nicht eher bindend bis sie dem Offerenten zugegangen. Folgt auch aus Art. 298 und entspricht dem ersten Satze. Der Acceptant wird durch Absendung der Annahme sicher nicht gebunden. Wird aber der Offerent durch die Absendung der Annahme gebunden? Davon nachher ausführlich. Art. 299 scheint die Frage zu bejahen, während Art. 297 sie verneint.

III. Der Widerruf wirkt nicht bevor er dem, an den er gerichtet ist, zugegangen. Folgt gleichfalls aus Art. 298 und steht mit den beiden obigen Sätzen im besten Einklange.

IV. Die bindende Kraft der Offerte dauert bis zu dem Zeitpunkte, in welchem bei ordnungsmäßiger rechtzeitiger Absendung der Antwort der Eingang dieser zu erwarten ist. Art. 297. Die Fassung dieses Artikels hat viel Mühe gemacht. Mit 14 gegen 1 Stimme hatte die Commission das Amendement verworfen:

> der Antragsteller muß bis zum Zeitpunkte gebunden sein, in welchem die von seiten des andern Theils rechtzeitig abgesendete Antwort bei ihm eintrifft;

und damit im wesentlichen bei der Bestimmung des Preußischen Ent-

wurfs zu beharren beschlossen. Aber die Wahl des Ausdrucks führte schon bei der ersten Lesung zu längeren Debatten und zu Abweichungen von der Preußischen Vorlage, und bei der zweiten Berathung wiederum zum Abgehn von den Resultaten der ersten. Das Endergebnis ist jetzt: bis zu dem Zeitpunkt, wo ordnungsgemäß die Annahme bei dem Offerenten eingehn müßte, ist dieser der Art gebunden, daß jede bis dahin eingehende gültige Annahmeerklärung den offerirten Vertrag perfect macht, und daß Offerent dieses Perfectwerden des Vertrags durch keinen vorgängigen oder nachfolgenden Widerruf verhindern oder rescindiren kann. Ein vor dem fraglichen Zeitpunkte von dem Offerenten ausgegangener Widerspruch ist also wirkungslos wenn die Annahme „ordnungsgemäß rechtzeitig" anlangt, wirksam dagegen sobald die Annahme selber erst nach dem Zeitpunkt eingeht. Uebrigens verliert die Offerte auch mit dem Zeitpunkt nicht alle Kraft; geht nachträglich eine Annahme ein, die den Offerenten befriedigt, so ist der Vertrag perfect, aber dieses Perfectwerden ist von dem fortdauernden Willen des Offerenten abhängig, der nicht nur durch jede vor dem Eintreffen der Annahme geäußerte, wenn auch dem Oblaten noch nicht zugekommene Widerrufserklärung, die Offerte ganz vernichten kann, sondern auch wenn er gleich nach Eingehn der Annahme den Acceptanten von seinem Rücktritt benachrichtigt, das Zustandekommen des Vertrags verhindert. Daß der Offerent übrigens durch ausdrückliche Erklärung einen späteren Termin für den Ablauf seiner Haftung aus der Offerte als den nach A. 297 zu berechnenden setzen kann, ist angemessener Weise in dem Entwurfe als etwas, das sich von selbst verstehe, nicht besonders gesagt worden. Ein solcher von dem Offerenten gesetzter Termin wirkt dann auf die Kraft der Offerte gerade so wie sonst der gesetzliche Termin des A. 297.

Offerten unter Gegenwärtigen kommt nach Art. 296 weit kürzer dauernde Kraft zu als denen an Abwesenden; bindend sind sie nur für den Zeitpunkt, wo sie abgegeben werden, sie müssen umgehends angenommen werden. Unterbleibt dies, so ist Offerent nicht länger gebunden. Wie ist dies Nichtgebundensein des Offerenten zu

verstehn? wie das, von dem A. 297 zu reden scheint, und ist also das angebliche Nichtgebundensein nur ein schwächeres Gebundensein? oder ist es worauf das Wort zunächst hinweist, vollständiges Erlöschen der Offerte? Ein Beispiel zur Erläuterung: A macht dem B auf der Börse eine Offerte, über welche dieser sich nicht erklärt. Am selben Tage verreist B und schreibt folgendes Tags an den A, er nehme die gestrige Offerte an. Ist diese Erklärung Acceptation der mit verminderter Kraft fortbestehenden Offerte des A, oder eine ganz neue Offerte des B. Der Unterschied ist praktisch wichtig, da wenn der Brief des B dem A rechtzeitig zugeht und von diesem nicht beantwortet wird, der Vertrag unter der ersten Voraussetzung als zu stande gekommen, unter der zweiten als ausgefallen gelten müßte. Die Analogie des A. 297 spricht für die erste Auffassung; die Protocolle ergeben nichts hierüber. Will man nicht daß A. 296 nach Maßgabe des A. 297 ausgelegt werde, so dürfte es rathsam sein ihn etwas anders zu fassen etwa folgendermaßen:

> muß die Erklärung sofort abgegeben werden, widrigenfalls der Antrag erlischt;

denn die Gefahr des Misverständnisses liegt in dem Ausdruck „nicht länger gebunden ist", da nach A. 297 der Antragende auch nur bis zu einem gewissen Zeitpunkt „gebunden" ist, nach diesem Zeitpunkte also als „nicht länger gebunden" anzunehmen ist, nichts destoweniger aber der Vertrag jetzt noch durch einseitige Handlungen des Oblaten auf Grund der Offerte zu stande kommen kann.

Auch durch Ablehnung kann die Offerte an den Abwesenden vernichtet werden. Dies folgt aus A. 300, der eine offenbar von bloßer Nichtannahme unterschiedene Ablehnung anerkennt. Unterscheidet man aber Ablehnung von Nichtannahme, so muß man jener auch die Wirkung zuerkennen die Offerte völlig aufzuheben, und es kann hiebei keinen Unterschied machen ob der Termin, mit welchem die stärkere Kraft der Offerte nach A. 297 aufhört und die schwächere beginnt, bereits eingetreten ist oder noch nicht. Daß diese Bestimmung den Interessen des Verkehrs durchaus entspricht unterliegt keinem Zweifel. Der Offerent, der die briefliche Annahmeerklärung

erst am 10ten erwarten konnte, erhält am 8ten eine telegraphische Ablehnung. Er wird sich sofort gänzlich ungebunden erachten dürfen. Träfe noch eine telegraphische Annahmeerklärung am 9ten oder 10ten ein, so hätte diese als Acceptation gar keinen Werth, und könnte nur etwa als neue Offerte in Betracht kommen.

V. Der Tod des Offerenten hebt die Kraft der Offerte nicht auf. Art. 280. Dem entspricht daß auch der Tod des Acceptanten vor geschlossenem Vertrage die Acceptation nicht aufhebt, und ebenso ein übrigens wirksamer Widerruf perfect wird wenn er auch dem, an den er gerichtet ist, erst nach dem Tode des Widerrufenden zugeht. Bei der zweiten Lesung war die Existenz des Art. 280 ernsthaft gefährdet, eine Majorität von nur 8 gegen 6 Stimmen hat sich für die Beibehaltung entschieden. Man kann dies als einen Sieg der Anschauungen des Preußischen Landrechts über die des Römischen Rechts bezeichnen; denn Art. 228 des Preußischen Entwurfs, aus dem der in Rede stehende A. 280 hervorgegangen, entspricht dem A. L. R. I 5. § 106. Die Offerte soll nach dem Tode des Offerenten berechtigend und bindend fortbestehn, gerade so wie sie vor dem Tode des Offerenten bestanden. Wer ist jetzt berechtigt und gebunden? Auf der einen Seite zweifellos der Oblat, auf der andern die Erben des Offerenten, oder die Erbschaft? — Da es inconsequent wäre, wenn der Erbe durch die noch nicht acceptirte Offerte fester gebunden würde als durch die schon angenommene, d. h. durch den Vertrag, und da auch der Vertrag Recht und Pflicht zunächst nur für die Erbschaft, für den Erben aber nur soweit begründet, als dieser die Erbschaft übernimmt, so können wir auch aus der Offerte zunächst nur die Erbschaft berechtigt und verpflichtet erachten. Im Fall der Annahme muß also der Vertrag als noch mit dem Erblasser geschlossen angesehen werden, und man darf daran keinen Anstoß nehmen, daß dieser Contrahent im Augenblick des Abschlusses schon nicht mehr am Leben gewesen. Aber auch das Widerrufsrecht überdauert den Tod des Offerenten und zwar auch als Recht nicht der Erben sondern der Erbschaft, was indessen nicht von Belang ist, da regelmäßig für die Erbschaft nur der Erbe han-

deln kann. Wie nun, wenn die Annahmeerklärung zu spät eintrifft, so daß ihre Wirksamkeit durch umgehenden Widerruf, aber auch nur durch diesen vereitelt werden könnte, er hat aber zur Zeit des Eingehens dieser Annahmeerklärung noch kein Erbe angetreten? Wird der Vertrag sofort perfect? oder bleibt das Recht des Acceptanten in der Schwebe bis zu dem vielleicht erst nach längerer Zeit erfolgenden Erbschaftsantritt? Und wie, wenn von mehren Erben, die angetreten hatten, nur einer widerrufen will, während die übrigen bei dem Vertrage zu beharren wünschen?[23]

VI. Die Annahme unter Bedingungen und Einschränkungen gilt als Ablehnung. A. 300. Also nicht blos als Nichtannahme, so daß eine nachträgliche Annahmeerklärung, vorausgesetzt daß dieselbe noch rechtzeitig eingegangen, gültig sein könnte. Die bedingte Annahme ist Ablehnung, Vernichtung der alten Offerte. Daß die bedingte Annahme als neue Offerte von dem ersten Offerenten behandelt werden kann, dürfte auch wenn es nicht ausdrücklich ausgesprochen wäre anzunehmen gewesen sein.

VIIa. Der Vertrag zwischen Abwesenden gilt von dem Zeitpunkte ab als geschlossen, in welchem die Erklärung der Annahme behufs der Absendung abgegeben ist. (?) Art. 299. Auch über diesen Artikel ist viel debattirt worden. Die Bestimmung des Preußischen Entwurfs, daß die Erklärung der Annahme auch für den Ort der Annahme maßgebend sein solle, ist aus zureichenden Gründen[24] nicht aufgenommen wor-

23) Ueber ähnliche und weitere Zweifel, die auch nur aus den Bestimmungen der Preußischen Rechte sich ergeben, vergleiche man Koch R. d. Fordr. II § 13 und Preuß. Privatr. II § 548.

24) Es ist durchaus natürlich den Ort des geschlossenen Vertrags nach dem Zeitpunkt, in welchem der Vertrag perfect wird, zu bestimmen. Dagegen verbreitet sich die Anschauung immer mehr, daß für die Beurtheilung der rechtlichen Wirkungen eines Vertrags nicht der Ort des Vertragsschlusses maßgebend sein dürfe; daß die Wirkungen des Vertrags vielmehr nach dem Erfüllungsorte zu beurtheilen seien ist auch in dem Handelsgesetzentwurf A. 305, 314 anerkannt. Dem entsprechend hielt man eine besondere Bestimmung über den Ort des Vertragsschlusses für überflüssig, ja als Quelle möglicher Misverständnisse für schädlich.

den. Hinsichts des entscheidenden Zeitpunkts aber wurde zuerst die Frage erörtert, ob hier bestimmt werden sollte, wann überhaupt ein Vertrag als perfect anzusehen sei, oder nur von welchem Zeitpunkte ab die Wirkungen eines Vertrags (z. B. Zinslauf), der gleichviel zu welcher späteren Zeit zur Perfection gelangt wäre, beginnen sollten. Die Mehrzahl entschied sich für die Bejahung der ersten Frage, also dafür daß „der Artikel keine andere Absicht haben könne als die, den Zeitpunkt beziehungsweise die Voraussetzungen der Perfection eines Vertrags festzusetzen." Daß man hiemit der Absicht der Redactoren des Preußischen Entwurfs entsprochen, ist nach den Motiven dieses Entwurfs zu Art. 239 zweifellos. Daß aber schon der Wortlaut diesen Sinn nothwendig bedinge, wie die Majorität angenommen, dürfte nicht eben so gewis sein, und auch die abweichend von dem Preußischen Entwurf beliebte Fassung noch manchem Zweifel Raum lassen. Nach der Entscheidung dieser Frage wurde bei der ersten Lesung das Amendement gestellt, als entscheidenden Zeitpunct denjenigen anzunehmen,

> in welchem die Erklärung der Annahme bei dem Antragenden eintrifft und zu dessen Kenntniß gelangt.

Das Amendement ist mit 11 gegen 4 Stimmen verworfen ein anderes, statt „abgesandt" zu sagen „behufs der Absendung abgegeben worden ist," mit 8 gegen 7 Stimmen angenommen worden. Als Gründe dafür, daß mit dem Zeitpunkte der zur Absendung abgegebenen Annahmeerklärung, nicht erst mit dem Kundwerden derselben die Perfection des Vertrags angenommen werden müsse, sind angeführt:

a) die jetzt fast allgemeine Ansicht der Wissenschaft, daß schon die objective Uebereinstimmung der Parteien zum Vertragsabschlusse genüge;

b) daß wenn auch viele Gerichtshöfe entgegengesetzter Meinung, doch nicht wenige auch dieser Ansicht beigetreten;

c) daß diese Bestimmung auch mit dem Inhalte der vorhergehenden Artikel nicht im unlösbaren Widerspruch stehe;

d) daß wenn auch die aufgenommene **Bestimmung der Ansicht der Theoretiker nicht ganz entspreche, indem eigentlich der Moment entscheiden müsse, in welchem die Annahmeerklärung vollendet sei, doch hiervon wegen der Unbestimmbarkeit dieses Moments aus Utilitätsrücksichten abgesehen werden müsse.**

Lassen wir hiezu die Motive des Preußischen Entwurfs treten, die außer auf Savigny Thöl Puchta Mühlenbruch auch darauf sich beziehen,

e) daß die gegentheilige Annahme zu großen Verwickelungen führen würde, wenn der Antragsteller die Annahme der zustimmenden Erklärung verweigerte, oder wenn er den bereits acceptirten Antrag widerrufe.

Bei dem Interesse der Frage wird es sich verlohnen diese Gründe einzeln zu prüfen.

ad a. Die behauptete allgemeine Ansicht der Wissenschaft. Daß Uebereinstimmung betreffs dieser Frage unter den Vertretern der Wissenschaft heut zu Tage so wenig besteht wie sie früher bestanden, führt Thöl in der von ihm Handelsrecht I § 57 N. 13 gegebenen Literatur aus. Auch erachtet Thöl selber die Berufung auf die Autoritäten keineswegs für eine genügende Rechtfertigung der von ihm gebilligten Meinung. Zu bedauern ist daß er die in Aussicht gestellte weitere Begründung bisher nicht gegeben hat. Von den übrigen in den Preußischen Motiven genannten Namen drückt sich Mühlenbruch, nachdem er früher in den verschiedenen Ausgaben der Doctrina pandectarum erst die eine und dann die andere Meinung vertheidigt, in der 4ten Ausgabe des Lehrbuchs sehr vorsichtig aus:

> Sehr zweifelhaft ist es wann die gegenseitige Einwilligung im Fall der einem Abwesenden gemachten Offerte als vorhanden anzunehmen sei ...... im allgemeinen scheint es wol am angemessensten die Perfection der Contracte von dem Zeitpunkte der erweislich geschehenen Acceptation abhängig zu machen.

Savigny beschäftigt sich mit unserer Frage nirgends eingehend. Im achten Bande des Systems, bei Gelegenheit der verwandten Frage, welches der Ort des unter Abwesenden geschlossenen Vertrags sei (§ 371, 373), äußert er sich dahin, daß die Absendung der zustimmenden Antwort entscheidend sei. Aber an einer andern Stelle des Systems (III § 140) erfordert er, wie schon oben angeführt, ausdrücklich daß die Parteien „sich der Uebereinstimmung bewußt geworden" seien. Als Anhänger der behaupteten communis opinio sind noch zu nennen: v. Wening-Ingenheim (Civ. Arch. II 25), Puchta (Pand. § 251 c., Vorles. § 251) und jetzt v. Scheurl, nachdem er in den Beiträgen der entgegengesetzten Meinung näher gestanden. Dagegen ist unsere Ansicht ausführlich vertheidigt von Hasse (Rhein. Mus. II S. 371 f.), dem Wächter (Civ. Arch. XIX S. 116) beitritt. Dieselbe Ansicht erklärt auch Arndts (Pand. § 231, 3) für die consequentere, und Seuffert (Pandektr. § 256, 2) stimmt uns gleichfalls zu. Neben den genannten stehn Mittelmeinungen: Göschen (Civilr. § 438) will die Frage je nach den Umständen aus der Billigkeit entscheiden; Sintenis (Civilr. § 96, 14) hält keine der beiden extremen Ansichten für richtig, und meint die Zweifel könnten nur durch gesetzliche Entscheidung gehoben werden. Bluhme (System des Privatr. § 67) erkennt wenigstens den Acceptanten die Befugnis zu, die Acceptation vor ihrem Eingange durch beschleunigten Widerruf unwirksam zu machen. Will man den Gegnern viel zugeben, so ist es daß die Majorität der wissenschaftlichen Autoritäten ihnen sich zuneigt, wobei namentlich darauf gesehn ist, daß die mittleren Meinungen doch der gegnerischen Ansicht mehr sich nähern als der unsern. Aber daß eine allgemeine Ansicht der Wissenschaft über die vorliegende Frage zur Zeit nicht existirt, dürfte doch zweifellos sein, und demnach auch, daß kein Grund ist solcher allgemeinen Ansicht zu Liebe eine gesetzliche Bestimmung zu treffen.

ad b. Die unter b—d angeführten Argumente sind nicht positiver Natur, nur bestimmt die gegen die von der Majorität beliebte Satzung vorgebrachten Gegengründe zu beseitigen. Daß sehr viele,

vielleicht die meisten der höchsten Gerichtshöfe in Deutschland den Vertrag unter Abwesenden erst dann für vollendet erachten, wann der Promittent Kenntnis von der Acceptation des Promissars erhalten, haben die Vertreter der entgegengesetzten Ansicht selbst nicht in Abrede gestellt, wogegen man ihnen zugeben muß daß auch nicht wenig Gerichte die Perfection schon durch die erste Aeußerung des Accepts bewirkt erachten. Ich muß annehmen daß die Nürnberger Commission ein größeres Material von Erkenntnissen vor Augen gehabt, als mir jetzt zu Gebote steht,[25] und glaube daß ein Abzählen der einzelnen Stimmen hier so wenig an der Stelle ist wie unter den wissenschaftlichen Autoritäten. Als erwiesen kann also nur gelten, daß die vorliegende Frage so wenig nach der gemeinen Ansicht der Praktiker wie nach der der Theoretiker entschieden werden kann, weil eine wahre communis opinio der einen oder der andern Art nicht vorhanden ist.

ad c. Der Widerspruch, der zwischen Art. 299 und den beiden unmittelbar voraufgehenden Artikeln besteht, ist von der Nürnberger Majorität nicht übersehn aber anfänglich wenigstens unterschätzt worden. „Der Zeitpunkt, in welchem die Erklärung der Annahme behufs der Absendung abgegeben ist," soll „als der Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages gelten." Aber mit diesem Zeitpunkt, also mit geschlossenem Vertrage, ist doch der Acceptant noch keineswegs an denselben gebunden, da er sich durch einseitigen Widerruf von der übernommenen Verbindlichkeit wieder befreien kann. Die Bedingung der Wirksamkeit solches Widerrufs, daß er vor der Annahmeerklärung zu dem Offerenten gelange, kann zwischen allen Telegraphenstationen leicht erfüllt werden. Das regelmäßige Mittel der Annahmeerklärung bleibt voraussichtlich, wie auch die Nürn-

25) Für uns: O. T. zu Stuttgard. Seuff. Arch. I 194, VIII 24; O. A. G zu Kassel S. A. III 19 Strippelm. Samml. V 2. S. 406; O. A. G zu Lübeck S. A. II 115, III 310, Bremer Samml. II 2. S. 316; O. A. G zu Dresden Ztschr. f. Rpfl. N. F. XV S. 364 — dawider: der ehmalige C. u. R. G. zu Berlin S. II 160, O. T. zu Berlin Entsch. XVIII S. 146, Striethorst XIX S. 284, XX 136; O. A. G zu Rostock Rost. N. F. Fortſ. I S. 43.

berger Versammlung anerkannt hat, noch auf längere Zeit der mit Post und Eisenbahn zu befördernde Brief. Dem Oblaten bleiben also bei den meisten zwischen bedeutenderen Handelsplätzen geschlossenen Geschäften ein oder einige Tage durch telegraphischen Widerruf den abgeschlossenen Vertrag wieder aufzuheben. Aber auch der Offerent wird dadurch, daß Oblat die Erklärung der Annahme behufs Absendung abgibt, nicht gebunden. Für die Verbindlichkeit des Offerenten haben nur zwei Zeitpunkte Bedeutung, derjenige in welchem ordnungsgemäß die rechtzeitige Antwort auf die Offerte zu erwarten steht, und der wo die Annahmeerklärung wirklich eintrifft. Bis zu jenem ist Offerent aus der Offerte so gebunden, daß durch das Eingehn der Annahmeerklärung der Vertrag unabhängig von dem gegenwärtigen Wollen des Offerenten perfect wird, dieser entscheidet das Zustandekommen des Vertrags. Der Augenblick aber, in welchem die Annahmeerklärung behufs Absendung von dem Oblaten abgegeben wird, ändert an der Verbindlichkeit des Offerenten gar nichts. Ein Beispiel: Der Lübecker Brief trifft regelmäßig in Greifswald am zweiten Tage ein. Wird also die Offerte am 3ten dort abgesandt, so langt sie am 5ten hier an, am 6ten kann die Antwort behufs Absendung abgegeben werden und kommt dann, wenn die gewöhnliche Ordnung eingehalten wird, am 8ten in Lübeck an. Nach Art. 297 ist der Lübecker Offerent bis zum 8ten in der besprochenen Weise an die Offerte gebunden. Wird die Annahmeerklärung rechtzeitig vor dem 8ten abgesandt, so wird hiedurch die Verbindlichkeit des Offerenten nicht gemehrt. Nach wie vor kann er aus dem Vertrage ohne weiteres nur in Anspruch genommen werden wenn die Annahme auch rechtzeitig bei ihm eintrifft. Also, wäre der die Annahme enthaltende Brief am 6ten oder gar schon am 5ten aus Greifswald abgeschickt, durch Versehen der Post aber erst am 9ten abgegeben, der Offerent wäre an die Offerte nicht gebunden, und der Vertrag käme nur zu Stande, wenn es dem Offerenten nicht besser gefallen sollte seinen Widerruf zu erklären. Wie aber die während bindender Offerte von dem Oblaten abgesandte Annahmeerklärung das Gebundensein des Offerenten nicht

steigert, so erzeugt dieselbe Absendung nach dem Aufhören der verbindlichen Kraft der Offerte, in unserem Falle Absendung der Acceptation aus Greifswald am 9ten oder später, kein neues Gebundensein des Offerenten. So lange diese Acceptation unterwegs ist, hat sie gar keine Wichtigkeit für den Offerenten, trifft sie ein bei ihm so verpflichtet sie ihn nur, wenn er nicht vorher schon oder gleich nachher seinen Widerruf äußert. Im Augenblick des Eintreffens noch ist er frei, insofern ihm die Wahl zusteht, ob er schweigen und damit den Vertrag gelten lassen oder durch Widerruf sein Zustandekommen ausschließen will. Gleichviel also ob die Acceptation vor oder nach dem Ablauf der Zeit, auf welche die bindende Kraft der Offerte beschränkt ist, zur Uebersendung abgegeben ist, diese Abgabe selber ist für die Verbindlichkeit des Offerenten indifferent. Mit dem Eintreffen seiner Offerte haftet er aus der Offerte bis zu dem Augenblick wo die rechtzeitige Antwort zu gewärtigen wäre, und mit dem Eintreffen der Annahme haftet er aus dem Vertrage, wenn nämlich dies Eintreffen entweder in die Zeit der bindenden Offerte fällt, oder zwar später erfolgt aber doch bevor ein Widerruf von dem Offerenten geäußert ist, und auch nicht durch umgehend erfolgenden nachträglichen Widerspruch irritirt wird. — Ebenso wenig also wie der Oblat und Acceptant wird der Offerent durch die Absendung der Annahmeerklärung gebunden. Und dennoch sollte diese keinen Theil bindende Abgabe zur Absendung als Abschluß des Vertrags gelten.

Zur Rechtfertigung des Art. 299 den voraufstehenden Bestimmungen gegenüber ist von der Majorität bei der ersten Lesung gesagt worden:

> Das innere Verhältnis des Artikels zu den vorhergehenden sei dies: der Artikel 299 [239] stelle die Regel auf, daß nämlich ein Vertrag perfect sei sobald die Annahmeerklärung abgesandt worden wäre; aus Utilitätsrücksichten nun bestimmten die Artikel 297 und 298 (237 u. 238) für zwei Fälle daß *fingirt* werden solle, die wirklich geschehene Absendung sei nicht geschehn, nämlich a) wenn ein Widerruf früher

anlange als die Annahme, b) wenn die Annahme innerhalb der Verpflichtungszeit des Offerenten nicht angekommen und dieser zurückgetreten sei.

Unter diesen Voraussetzungen soll die Nichtabsendung fingirt und wegen dieser fingirten Unterlassung das Nichtzustandekommen des Vertrags, dessen Voraussetzungen eigentlich allesammt erfüllt sind, angenommen werden. Das ist eine Construction, die dem Vorwurf der Willkürlichkeit nicht entgehn kann. Der Gesetzgeber sagt: weil ich gewisse Momente, die übrigens wie ich selber zugeben muß, bei keinem gültigen Vertragsschluß fehlen können, für wesentliche Momente des Vertragsabschlusses nicht erklären will, darum verfüge ich kraft gesetzgeberischer Omnipotenz daß, wo jene von mir für unwesentlich erklärten Momente thatsächlich fehlen, das Fehlen anderer von mir für wesentlich erklärter und im betreffenden Falle thatsächlich vorhandener Momente angenommen, und das Nichtzustandekommen des Vertrags alsdann nur aus dem fingirten Fehlen der vorhandenen Momente, nicht aber aus dem jene Fiction bedingenden wirklichen Fehlen der von mir für unwesentlich erklärten Momente hergeleitet werden soll.

Ein zweiter Rechtfertigungsversuch beweist noch weniger gegen uns: Es werde durch die Art. 297 u. 298 die Wirksamkeit eines Vertrags obschon man dessen Perfection anerkennen müsse, von der Bedingung abhängig gemacht, daß die Annahmeerklärung rechtzeitig bei dem Antragenden eintreffe. Wenn nun auch eine solche von der Willkür der Parteien nicht abhängende Bedingung purificirt werde, so stehe doch nach gemeinem Rechte nichts im Wege die Perfection auf die Zeit der Abgabe der Annahmeerklärung zurück zu datiren, so daß die fraglichen Bestimmungen nicht unconsequent, sondern dem Systeme des gemeinen Rechts ganz entsprechend seien.

Diese Auffassung kehrt scheinbar unwissentlich zu der von der Majorität verworfenen Auslegung des § 239 des Preußischen Entwurfs zurück, daß nämlich derselbe nur bestimmen solle „von welchem Zeitpunkt an die Wirkungen eines Vertrags, welcher gleichviel

zu welcher späteren Zeit zur Perfection gelangte, beginnen sollten." Denn während schwebender Bedingung ist der bedingte Vertrag überall noch kein perfecter vollkommener, es fehlt noch an einer Voraussetzung seiner Wirksamkeit nicht blos, sondern auch seiner Gültigkeit. Ein Vertrag, dessen Gültigkeit noch von zukünftigen Ereignissen abhängt, ist nie perfect, man müsste denn unter „perfect" verstehen wollen was man sonst als „unperfect" zu bezeichnen pflegt. Wenn wir aber bei dem bedingten Vertrag nach erfüllter Bedingung davon reden, daß die Perfection doch von der getroffenen Verabredung, und nicht erst von der erfüllten Bedingung zu datiren sei, so ist dies nur ein etwas ungenauer Ausdruck dafür, daß die Wirkungen, die gewöhnlich bei der Perfection eintreten, bei diesem Vertrage zu berechnen seien von dem Momente der Verabredung und nicht erst vom Zeitpunkt wo die Bedingung sich erfüllte.

Bei der zweiten Lesung haben sich die Debatten über Art. 299 wiederholt. Mit 10 gegen 6 Stimmen ist der Ausdruck „behufs der Absendung abgegeben ist" dem einfachen „abgesandt" vorgezogen worden. Dann ist die Frage nach der Bedeutung unseres Artikels nochmals discutirt. Da die veröffentlichten Protocolle das Resultat dieser Discusion nicht ganz klar darlegen, müssen wir den Worten des Protocolls folgen:

> Ein Mitglied schlug hienächst vor den Artikel 266 (jetzt 299) dem Art. 267 (jetzt 298) folgen zu lassen und statt „verhandelter Vertrag" zu setzen: „nach den Bestimmungen der vorausgehenden Artikel zu stande gekommener Vertrag." Zur Motivirung dieses Vorschlags wurde angeführt, die Artikel 264, 265 u. 267 (jetzt 296—98) enthielten die nöthigen Bestimmungen darüber, wie unter Abwesenden durch Auswechslung von Antrag und Annahme ein Vertrag zu Stande kommen und verbindliche Kraft erlange. Hiernach erübrige nur noch den Zeitpunkt festzustellen, in welchem ein nach diesen Bestimmungen zur Gültigkeit gelangter Vertrag als geschlossen anzusehn sei. Dies sei die Aufgabe des A. 266 (299) der deshalb auch dem Art. 267 nachfolgen müsse.

Dieser Antrag wurde nach stattgehabter Discussion, in welcher von einer Seite behauptet wurde, daß es sich in A. 266 (299) nach der Absicht der Versammlung in der ersten Lesung nicht blos um die Fixirung eines Datums, sondern um die Aufstellung eines dispositiven Princips gehandelt habe, gegenüber welchem A. 267 ein Rücktrittsrecht mit der Fiction statuirt, als wenn der an sich perfect gewordene Vertrag gar nicht zu Stande gekommen wäre, mit 10 gegen 6 Stimmen zum Beschlusse erhoben, der Redactionscommission jedoch zur genaueren Fassung anheimgegeben.

Die Redactionscommission aber hat statt des vorgeschlagenen „nach den Bestimmungen der vorausgehenden Artikel zu Stande gekommener Vertrag," den Ausdruck beliebt: „Ist ein unter Abwesenden verhandelter Vertrag zu Stande gekommen." Was ist nun die endgültige Meinung der Majorität? das im Protokoll genannte „eine Mitglied" hat Recht mit der Behauptung, daß nach dem Inhalt der jetzigen A. 296—98 (264, 265, 267) im A. 299 (266) nichts anders festgestellt werden könne als der Zeitpunkt in welchem der Vertrag „als geschlossen anzusehn sei," wenn es nämlich unter diesem nicht zweifellosen Ausdrucke den Zeitpunkt versteht, von dem ab die Wirksamkeit des Vertrags datirt werden soll. Dagegen hat auch die „eine Seite" darin Recht, daß die Majorität bei der ersten Lesung von dem Zeitpunkte der abgesandten Annahmeerklärung nicht blos die Wirkungen des vielleicht erst später perfect gewordenen Vertrags berechnet, sondern mit dem Zeitpunkt die Perfection des Vertrags selber angenommen wissen wollte, indem sie sich des Widerspruchs dieser Satzung mit den Bestimmungen der nächststehenden Artikel nicht völlig klar geworden war. Ist die jüngste Majorität von 10 gegen 6 Stimmen wissentlich von den Anschauungen der älteren Majorität abgewichen? Es wäre wol zu wünschen daß dies irgend wie in unzweifelhafter Weise ausgesprochen, und die jetzige mehrdeutige Fassung des Entwurfs durch eine andere ersetzt würde, aus welcher der bestimmte Wille des Gesetzgebers erhellt, daß zwar der Abschluß des Vertrags nach Maßgabe der voraufgehenden Ar-

tikel nie anzunehmen bevor beide Contrahenten zum Bewußtsein der gegenseitigen Uebereinstimmung gekommen, die Wirkungen des Vertrags aber schon von einem früheren vor dem Abschlusse zurückliegenden Zeitpunkte ab zu berechnen seien.

Sollten aber die fraglichen Artikel ganz in der Fassung des Entwurfs Gesetzeskraft erhalten, so werden die Gerichte doch den Zeitpunkt wann ein Vertrag perfect wird lediglich nach Art. 297 u. 298 beurtheilen müssen, und den Artikel 299 auf die Frage beschränken, von wann ab die Wirkungen des vielleicht erst später perfect gewordenen Vertrags eintreten. Denn das ist in den Art. 297 und 298 unleugbar anerkannt, daß durch die zur Absendung abgegebene Annahmeerklärung weder Offerent noch Oblat vertragsmäßig gebunden werden, gleichviel übrigens ob die Annahmeerklärung abgegeben ist zur Zeit wo die Offerte noch in bindender Kraft bestand oder wo sie diese schon verloren; so lange aber beide Theile noch ungebunden sind und das Gebundenwerden beider noch von zukünftigen ungewissen Ereignissen abhängt, ist über die Gültigkeit des Vertrags auch noch nicht entschieden, der Vertrag als vollendete Thatsache noch nicht vorhanden. Und wenn dennoch der Gesetzgeber die Perfection in den Moment der abgegebenen Annahmeerklärung verlegt, so kann man hieraus beim besten Willen nur den Sinn lesen, daß die Wirkungen, die sonst der Perfection des Vertrags folgen, hier schon vor derselben mit dem angegebenen Zeitpunkte beginnen sollen. Denn ist das Zustandekommen des Vertrags nach A. 297 u. 298 während eines gewissen Zeitraums noch zweifelhaft, so kann es nicht nach A. 299 während desselben Zeitraums zugleich auch gewis sein; und ist das Zustandekommen des Vertrags noch nicht gewis, so ist darum auch der Vertrag als noch nicht feststehend anzunehmen.[26]

26) Wir müssen als endliches Resultat der Bestimmungen des deutschen H. G. Entw. dasselbe annehmen was auch nach dem Preußischen A. L. R. gilt. Seltsamer Weise findet sich auch im Pr. L. R. die ungenaue Fassung und der scheinbare Widerspruch der betreffenden Gesetzesstellen

I. 5 § 80 Der Augenblick, in welchem die Annahme gehörig erklärt worden, bestimmt also auch den Zeitpunkt des geschlossenen Vertrags.

ad d. Auch dieser Gegengrund wider die Bestimmung des Art. 299 verdient Beachtung. Das einzige Argument, das bisher positiv für den Inhalt des Artikels angeführt worden, ist die angebliche Uebereinstimmung mit der Theorie. Nun muß eingeräumt werden, daß man dieser Theorie doch nicht folgen könne, daß man aus praktischen Rücksichten von dem von ihr bezeichneten Zeitpunkte des Contractsabschlusses abgehn, und demselben einen andern substituiren müsse. Schon oben ist wider Scheurl ausgeführt, daß der Moment

---

Vergleich damit a. a. O. § 90, 91, 102, 103, nach welchen Paragraphen man durchaus zu der Annahme berechtigt ist, der Vertrag komme mit dem Zeitpunkt der abgegebenen Erklärung, nicht erst mit dem Eintreffen derselben bei dem Offerenten, zum Abschluß.

Das Gegentheil wird aber völlig bestimmt ausgesprochen in

> I 5 § 105 Hat er (Offerent) dies unterlassen (nämlich seinen Rücktritt von der Offerte schleunigst zu erklären) und es findet sich in der Folge daß der Andere seine Annahme wirklich zu rechter Zeit erklärt habe, so muß er demselben für den Schaden, welcher aus den zur Erfüllung des Vertrags gemachten Anstalten in der Zwischenzeit erwachsen ist, gerecht werden.

Also haftet trotzdem daß Oblat zur rechten Zeit die Offerte angenommen Offerent doch noch nicht aus dem Vertrage, trotz Annahme und abgegebener Erklärung ist der Vertrag nicht perfect, nicht bindend, Offerent hat nur den Oblaten eben für das Nichtzustandekommen des Vertrags zu entschädigen. Dieser Sinn des Preußischen Rechts ist auch von anderer Seite längst richtig erkannt. So sagt Koch R. der Fordr. II S. 72:

> Es kommt also in Beziehung auf die Frage: ob der Vertrag perfect geworden nicht auf den Zeitpunkt, wo die Annahme erklärt worden ist, sondern auf die Zeit an, wo der Antragende die Nachricht darüber erhalten hat. Ist es aber hiernach gewis daß der Vertrag abgeschlossen worden, und es ist nur in Frage wann dies geschehen (d. h. von wann die Wirkungen des Vertrags zu datiren), so entscheidet das Datum der Erklärung des Annehmenden.

Daher kann es nur auf einem zufälligen Uebersehn des angeführten § 105 beruhn, wenn die Motive zu dem Preußischen H. G. Entwurf Art. 239 behaupten das Preußische Landrecht stimme mit dem Preuß. Entwurf nach der Auffassung der Motive überein. Die Motive leugnen ausdrücklich das Erfordernis des Bewußtseins von der Uebereinstimmung bei den Contrahenten, was freilich mit den in den Motiven allein angezogenen Paragraphen I 5 § 80 u. 102 im schönsten Einklange zu stehn scheint, aber mit I 5 § 105 nicht zu vereinen ist.

der Abgabe der Erklärung zur Post oder sonstigen Beförderung als Zeitpunkt des Vertragsschlusses aus den Principien nicht hergeleitet werden könne. Will man ihn doch als solchen gelten lassen, so müssen die genügenden Utilitätsrücksichten gerade diesen Zeitpunkt zu wählen nachgewiesen werden. Dies ist bisher von keiner Seite geschehn. Die Nürnberger Majorität spricht von einer in Art. 299 aufgestellten Regel, fügt aber hinzu daß Utilitätsrücksichten zu den in Art. 297 u. 298 enthaltenen Ausnahmen von dieser Regel geführt hätten. Sieht man nun daß diese Utilitätsausnahmen die Regel, betreffend den Moment des Gültigwerdens der Verträge, thatsächlich ganz aufheben, nur für die Berechnung der aus den Verträgen zu gewährenden Leistungen bestehn lassen, so ist der Zweifel wol gerechtfertigt ob wirklich die Utilität gebeut die Perfection des Vertrags in jeder Beziehung mit dem Abgeben der Annahmeerklärung eintreten zu lassen.

ad e. Wenn der Antragsteller die Annahme der zustimmenden Erklärung verweigert oder wenn er den bereits acceptirten Vertrag widerruft, so gewährt das gemeine Recht dem Oblaten genügenden Schutz durch die a. doli.[27] Damit erledigt sich was von den Preußischen Motiven zur Unterstützung des fraglichen Satzes angeführt, in die Nürnberger Protocolle aber nicht mitübernommen ist.

Das Resultat dieser Betrachtungen: daß de lege ferenda kein genügender Grund vorhanden sein dürfte von dem Satz des gemeinen Rechts abzuweichen, daß der Vertrag auch unter Abwesenden erst mit dem beiderseitigen Bewußtsein der Uebereinstimmung perfect wird; daß aber de lege lata, wo der Entwurf des deutschen Handelsgesetzbuchs und als lex lata gilt, nicht anzunehmen ist daß der Vertrag mit der von dem Oblaten abgegebenen Annahmeerklärung perfect werde, daß auch A. 299 dies nicht erfordern, da derselbe sonst mit A. 297 u. 298 in schneidenden Widerspruch treten würde, vielmehr A. 299 nur bestimme von welchem Zeitpunkte die Wirkungen

---

27) Arg. fr. 34 de dolo m. 4. 3. Dazu oben S. 368 f. Vergl. auch fr. 7 § 8 eod.

eines vielleicht erst später perfect gewordenen Vertrags zu berechnen seien. Der Regel VIIa substituiren wir darum eine andere.

VIIb. Die Wirkungen des zwischen Abwesenden geschlossenen Vertrags sind von dem Zeitpunkte an zu berechnen, in welchem die Erklärung der Annahme behufs Absendung abgegeben ist. Das ist der unbestreitbare Inhalt von A. 299. Ueber die Nützlichkeit dieser Vorschrift nachher noch ein paar Worte.

VIII Die Gewißheit von dem Zustandekommen des Vertrags erhält der Offerent in dem Augenblick wo die Annahmeerklärung bei ihm eingeht, der Oblat aber erst dann, wann er erfährt daß die Annahmeerklärung entweder rechtzeitig oder zwar verspätet aber doch ohne einem Widerruf des Offerenten zu begegnen oder denselben hervorzurufen bei dem Offerenten eingegangen. Folgt aus A. 297.

VI.

Vergleichen wir die Resultate der Theorie die wir als die gemeinrechtliche vertheidigen mit den Ergebnissen des Entwurfs zum deutschen Handelsgesetzbuch.

Der erste Zeitpunkt, dem wir einige Bedeutung zuschreiben müssen, ist der wo die Offerte von dem Offerenten an den Oblaten abgeht, wo dieselbe aus der Disposition des Offerenten tritt. Hier erwirbt der Oblat noch kein Recht, ihm wird auch die Möglichkeit eines Rechtserwerbs noch nicht gegeben, wol aber wird die Eventualität begründet, daß ihm diese Möglichkeit nach Umständen gegen den Willen des Offerenten werden könne. Entsprechend ist der Offerent noch nicht gebunden, auch ist für den Augenblick noch die Möglichkeit sofortiges Gebundenwerdens nicht vorhanden, aber diese Möglichkeit des Gebundenwerdens kann doch jetzt eventuell auch wider seinen Willen eintreten, vorausgesetzt nämlich daß es ihm nicht gelingt einen Widerruf zu dem Oblaten gelangen zu lassen bevor die abgegangene Offerte bei diesem eintrifft.

Der zweite Zeitpunkt von Wichtigkeit ist der, in dem die Offerte bei dem Oblaten eintrifft, richtiger dem Oblaten bekannt und dadurch zur vollendeten Thatsache wird. Nunmehr ist der Vertrag dem Oblaten gleichsam deferirt, es hängt von seinem Willen ab ob er die Offerte annehmen und dadurch den Vertrag schließen will oder nicht Freilich aber setzt der Vertragsabschluß außer dem Willen des Offerenten noch einige von diesem Willen unabhängige Momente voraus, nämlich daß die Annahmeerklärung zu dem Offerenten gelangt bevor dieser einen Widerruf geäußert hat. Der Offerent haftet einstweilen aus der Offerte und diese Haftung ist der Art daß er sich gefallen lassen muß durch gehörige Willenserklärung des Oblaten vertragsmäßig gebunden zu werden, falls er nicht selber vor dem Vertragsabschluß seinen Widerruf gehörig erklärt. Der Abschluß des Vertrags ist also jetzt in die Hand des Oblaten gegeben, aber abgesehn davon, daß der Abschlußact außer den Handlungen des Oblaten auch das Eintreffen der Annahmeerklärung bei dem Offerenten voraussetzt, steht es bei dem Offerenten diesen Zustand (die Delation des Vertrags) in jedem Augenblick, der vor dem Abschluß des Vertrags liegt, wiederaufzuheben, freilich auch nicht durch reinen Willensact, sondern erst durch die vollendete Uebermittelung der Widerrufserklärung an den Oblaten.

Lassen wir die Zwischenfälle Tod, Verlust der Handlungsfähigkeit u. s. w. aus dem Spiel, so kann der Zustand, den wir als Delation des Vertrags bezeichnet haben, beendet werden:

a) durch die vollendete, d. h. dem Oblaten bekannt gewordene Widerrufserklärung des Offerenten;

b) durch die ebenso vollendete Ablehnung des Oblaten;

c) durch eine gleiche Annahmeerklärung des Oblaten.

Von diesen drei Erklärungen aber wird stets diejenige wirksam, welche zuerst sich vollendet, d. h. dem an den sie sich richtet zuerst zugeht und kund wird. Auf den Zeitpunkt, wann diese Erklärungen von dem Erklärenden abgegeben und resp. abgegangen, kommt für die Gültigkeit des Vertrags nichts an. Treffen also die Erklärungen ad a, oder ad b, zuerst ein, so ist die Offerte vollständig rescindirt;

trifft die Annahmeerklärung vor jenen ein, so ist der Vertrag perfect. Hiezu ist noch zu bemerken daß wenn die Widerrufserklärung des Offerenten zwar zuerst aber doch zu einer Zeit eintrifft, wo Oblat seine Annahme bereits erklärt und vielleicht schon an den Offerenten abgesandt hat, zwar das Zustandekommen des Vertrags ausgeschlossen, Offerent aber der Offerte wegen verpflichtet ist für das von ihm vereitelte Zustandekommen des Vertrags den Oblaten zu entschädigen.

Nach dem Eintreffen von Widerruf oder Ablehnung oder Acceptation ist übrigens die Offerte als solche völlig todt, es besteht nun entweder ein perfecter Vertrag oder es ist auch die Möglichkeit durch einseitige übermittelte Willenserklärung des Oblaten einen Vertrag zu schließen aufgehoben. Sollte jetzt noch ein Vertrag zu stande kommen, so wäre eine neue Offerte und Annahmeerklärung zu erfordern.

So unsere Theorie. Der Entwurf stimmt damit im wesentlichen überein, nimmt aber mehrfach auf die Bedürfnisse des Verkehrs Rücksicht. Was den von uns zuerst erwähnten Zeitpunkt anlangt, Abgehn der Offerte von dem Offerenten, so wirkt derselbe nach dem Entwurf gerade wie nach der Theorie. Noch hat der Oblat keine Möglichkeit eines Rechtserwerbs, aber er bekommt diese Möglichkeit ohne weiteres Zuthun des Oblaten, falls nur die Offerte überhaupt an ihn gelangt und Offerent nicht vor diesem Eintreffen der Offerte ihm eine Widerrufserklärung zugehn läßt.

Der zweite Zeitpunkt, Eintreffen der Offerte bei dem Oblaten führt nach dem Entwurf für beide Theile einen andern Zustand herbei als nach der Theorie. Wir stoßen hier auf einen Punkt, wo die Theorie die wir zunächst aus dem Römischen Rechte geschöpft haben, den Bedürfnissen des Verkehrs nicht genügend zu entsprechen scheint, was sich daraus erklärt, daß Verträge unter Abwesenden wie sie jetzt täglich auftreten bei den Römern seltener waren, so daß das Bedürfnis aus Nützlichkeitsgründen von der einfachen ratio juris abzuweichen sich bei ihnen nicht in gleichem Maße wie bei uns bemerklich machen konnte.

Es ist ersichtlich daß dieselbe Offerte heute einen ganz anderen Werth haben kann als nach Jahren, nach Monaten, vielleicht schon nach Tagen, man denke an Geschäfte in Fonds. Offerent hat natürlich nur die Bedeutung seiner Offerte in eben der Zeit wo er offerirt im Auge, es ist unbillig dieselbe Offerte in späterer Zeit unter vielleicht ganz veränderten Verhältnissen unverändert wider ihn gelten zu lassen. Das Fohlen ist inzwischen zum Gebrauchspferde ausgewachsen; die Aktien, die als sie zu 48% offerirt wurden zwischen 45% und 50% schwankten, stehn jetzt über Pari. Wie lang dauert also die Kraft der Offerte? Bis der Endtermin, der ihr zugefügt ist, eintritt. Und wo es an solchem Endtermin fehlt? So lange bis die Offerte widerrufen oder abgelehnt ist; was beides aber auch stillschweigend geschehn kann.

Koch (R. d. Fordr. II § 73) eifert dagegen, daß man in das Römische und in das Deutsche gemeine Recht den Satz hineintrage, der Oblat könne so lange der Promittent ihm seinen Rücktritt nicht bekannt gemacht habe, nach wer weiß wie langer Zeit noch immer acceptiren. Nun ist es aber zweifellos daß schon die Römer Verträge, die zwischen Abwesenden per nuntium oder per epistolam geschlossen wurden vollständig anerkannten,[28] und es ist nirgends gesagt daß bei solchen Vertragsschlüssen der Oblat umgehends antworten mußte; wurde ja sogar bei dem Verbalcontract, dessen Form einen unmittelbaren Aneinanderschluß der gegenseitigen Erklärungen zu bedingen schien, dem Promissar, der hier Oblat ist, gestattet nach einem intervallum medium zu antworten[29]. Warum sollte bei dem Abschluß freier Verträge unter Abwesenden es dem Oblaten nicht gestattet gewesen sein morgen so gut wie heute, übermorgen so gut wie morgen u. s. w. seine Einwilligung zu äußern? Nur insofern hat Koch recht, daß wenn die Annahmeerklärung längere Zeit hindurch ausbleibt stets entweder eine stillschweigende Ablehnung oder eine stillschweigende Zurückziehung des Antrags anzunehmen

28) Fr. 2 pr. de pactis 2. 14; fr. 1 § 1 de procur. 3. 3; fr. 27 pr. de recept. 4. 8; fr. 1 § 1 mandati 17. 1.

29) Fr. 1 § 1. de V. O. 45. 1.

sein dürfte. Damit sind die gefährlichsten Consequenzen des Satzes, Oblat könne acceptiren wann er wolle, abgeschnitten. Aber die Bedürfnisse des Verkehrs sind hiedurch keineswegs befriedigt, es könnte in tausend Fällen sehr zweifelhaft sein ob bereits so lange Zeit verstrichen ist, daß nunmehr eine Zurückziehung oder Ablehnung des Antrags anzunehmen sei. Eine feste gesetzliche Regelung dieser Frage entspricht den praktischen Interessen, wie dies auch von allen Seiten her anerkannt ist.

Schon das Preußische Landrecht enthält derartige Bestimmungen:

die Annahme des Versprechens muß zur gehörigen Zeit geschehn I 5 § 90;

bei gesetzter Frist binnen dieser, § 91, vergl. § 92, 93;

ist keine Frist gesetzt, bei mündlichen Anträgen sogleich § 94;

bei schriftlichen Anträgen unter Personen, die am selben Orte wohnhaft sind, binnen 24 Stunden, § 35;

unter Abwesenden muß die Antwort spätestens der zweiten Post mitgegeben sein, § 98 vergl. § 96, 97;

dann noch Specialitäten über die Bestellung durch Boten, Anträge an Corporationen, an den Fiscus u. s. w. § 99 f.

Der Entwurf des Deutschen Handelsgesetzbuchs ist weniger casuistisch. Auf den Antrag unter Gegenwärtigen muß die Erklärung sogleich abgegeben werden, A. 296.; versteht sich daß hierdurch die Möglichkeit nicht abgeschnitten ist, auch dem mündlichen Antrag durch ausdrückliche Verabredung längere Dauer, und damit dem Oblaten die Möglichkeit zu geben erst nach Zeit zu acceptiren. Auf den Antrag unter Abwesenden soll umgehends geantwortet werden. Der Offerent ist nur bis zu dem Augenblick gebunden wo, vorausgesetzt daß die Offerte rechtzeitig angekommen, die ordnungsmäßig rechtzeitig abgesendete Antwort zu erwarten steht, A. 297. Auch hievon kann, wie schon bemerkt ist, durch besondere Verabredung abgewichen werden. Eine allgemeine Abweichung verordnet noch A. 301:

> Wenn zwischen dem Kaufmann, welchem ein Auftrag gegeben wird und dem Auftraggeber eine Geschäftsverbindung besteht, oder sich derselbe gegen letzteren zur Ausrichtung solcher Auf-

träge erboten hat, so ist er zu einer Antwort ohne Zögern verpflichtet, widrigenfalls sein Schweigen als Uebernahme des Auftrags gilt.

Analysiren wir die Bestimmung des A. 297. Die Abweichung vom gemeinen Recht besteht nicht darin, daß die Kraft der Offerte, die übrigens bis zur ausdrücklichen oder stillschweigenden Widerrufserklärung oder Ablehnung fortbestehn würde, einfach auf einen kürzeren Zeitraum beschränkt wird, nach dem Termin erlischt als ob Widerruf oder Ablehnung erfolgt wären, vielmehr darin, daß bis zu dem Termin die Offerte mit einer über das gemeine Recht gesteigerten Kraft, und auch nach dem Termine noch, nur mit geminderter Kraft fortbesteht. Der Termin: wann die rechtzeitig abgesandte Antwort zu erwarten wäre, die Offerte vom 5ten soll den 7ten eintreffen, die Antwort ist demgemäß am 10ten zu erwarten. Vom 7ten, wo die Offerte sich vollendet, bis zum 10ten besteht die Offerte nach dem Entwurf mit gesteigerter Kraft. Diese Steigerung liegt dem gemeinen Recht gegenüber darin, daß während dieser Zeit der vom Offerenten geäußerte Widerruf wirkungslos wird. Der Widerruf, der in der Zeit vom 7ten (nach Eintreffen der Offerte) bei dem Oblaten anlangt, ist nach dem Entwurf ganz nichtig wenn die Annahmeerklärung dem Offerenten bis zum 10ten zugeht; während nach gemeinem Recht jeder Widerruf wirksam sein muß, der vor geschlossenem Vertrage dem Oblaten zukommt.

Aber auch nach dem 10ten ist die Offerte, nach dem Entwurf, nicht todt. Trifft die Annahmeerklärung am 10ten oder später ein, so **kann**, gleichviel ob dieselbe vor oder nach dem 10ten vom Acceptanten abgegangen, durch dieselbe der Vertrag geschlossen werden; und zwar wird der Vertrag stets geschlossen, wenn nicht der Offerent seinen Widerruf vor oder gleich nach dem Eintreffen der Annahmeerklärung dem Oblaten mittheilt. Die Abweichung vom gemeinen Recht besteht hier nur darin, daß die Kraft der Offerte nicht blos durch den vor dem Eintreffen der Acceptation schon vollendeten, d. h. dem Oblaten mitgetheilten Widerruf, sondern durch den bloßen animus revocandi des Offerenten gebrochen wird, vorausgesetzt

nur daß eine Erklärung dieses animus revocandi spätestens gleich nach angekommener Acceptation von dem Offerenten an den Oblaten abgeht. Bei dieser Auffassung schwindet auch die Abnormität die darin zu liegen scheint, daß nach dem Eintreffen der den Vertrag schließenden Acceptation noch eine wirksame einseitige Widerrufserklärung zugelassen wird. Nach dem Termin wird die Offerte so schwach daß bloßer animus revocandi sie vernichtet, den Vertragsabschluß aus ihr unmöglich macht. Aber dieser animus revocandi muß doch schon vor dem Vertragsabschluß, so lange die Offerte eben noch als solche bestand, dagewesen sein, der erst nach dem durch das Eintreffen der Annahme geschlossenen Vertrage erwachte animus revocandi vermag, wie überall einseitiger Wille, nichts gegen den Vertrag. Das Dasein des wirksamen vor und spätestens bei dem Eintreffen der Annahme vorhandenen animus revocandi wird aber angenommen, einmal wenn derselbe schon vor dem Eintreffen, sodann auch wenn derselbe gleich nach dem Eintreffen der Acceptation angemessen erklärt wird. Genau genommen haben wir es hier mit einer Beweisregel, einer Präsumption zu thun: spricht Offerent gleich nachdem ihm die Annahme der Offerte bekannt geworden seinen Widerruf aus, so soll angenommen werden daß er auch schon bei dem Eintreffen der Annahme den entscheidenden animus revocandi gehabt habe.

Daß diese beiden Abweichungen vom gemeinen Recht, Steigerung der Kraft der Offerte bis zu dem Termine wo ordnungsmäßig rechtzeitige Antwort zu erwarten, und Verminderung aber nicht Aufhebung ihrer Kraft nach diesem Termine den Bedürfnissen des Verkehrs entsprechen, wollen wir gern glauben, nachdem so viele Sachverständige dafür sich ausgesprochen, und ähnliche Bestimmungen schon in Preußen sich bewährt haben. Die vorher erwähnten Uebelstände des gemeinen Rechts, vornehmlich die Ungewißheit nach welchem Zeitraum stillschweigende Revocation oder Ablehnung anzunehmen, scheinen dadurch in glücklicher die Interessen beider Theile nicht verletzender Weise gehoben zu sein. Den Offerenten auf kurze Zeit fester zu binden scheint nicht unbillig. Den Absender kann

freilich auch jetzt ein unverschuldeter Schaden treffen, wenn er seine Erklärung zu rechter Zeit der Post übergeben hat, und diese die Besorgung des Briefs versäumt oder gar unterläßt. Solcher Schaden ist aber überall nicht ganz zu vermeiden, und wenn es sich nur darum handelt ob der unvermeidliche Schaden zunächst den Absender oder den Adressaten treffen soll, so spricht die Billigkeit sicher für das erste. Denn in der Hand des Absenders liegt es durch Recommandation und ähnliches für die Sicherheit seiner Sendung zu sorgen, vielleicht durch den Telegraphen sich zu überzeugen, ob sie richtig eingetroffen; Adressat kann nichts ähnliches für den Brief thun, von dessen Existenz er einstweilen noch nichts weiß.[30]

Noch in zwei Punkten weicht der Handelsgesetzentwurf erheblich von dem gemeinen Rechte ab. Die Wirkungen des Vertrags sollen nicht vom geschlossenen Vertrage, sondern von einem früheren Momente ab datiren, von der behufs der Absendung abgegebenen Annahmeerklärung. Gemeinrechtlich scheint es unmöglich den Satz zu rechtfertigen, daß die Wirkungen des Vertrags allgemein von einem vor dem Vertragsschluß zurückliegenden Zeitpunkt beginnen sollen, was aber der Aufnahme einer derartigen Bestimmung in das Handelsgesetz aus Utilitätsgründen nicht im Wege stehn kann.

---

30) Zu bemerken ist noch daß die Bestimmungen des Handelsgesetzentwurfs den Offerenten gegen die nachtheiligen Folgen einer verspäteten Annahme seitens des Oblaten allein nicht genügend schützen. G offerirt am 10ten Juli 59, die Antwort von X ist am 16ten zu erwarten, bis zum 16ten also ist G fest gebunden, durch ein späteres Eintreffen der Annahmeerklärung wird der Contract nur perfect wenn G nicht vorher oder gleich nachher dem X seinen Widerruf mittheilt. Der Entwurf sagt nicht wie lange dieser Zustand dauere, wo die Kraft der Offerte zwar erheblich vermindert aber doch keineswegs aufgehoben ist. Man denke es gefiele dem X im Lauf des Jahres 60 zu acceptiren, und G unterließe aus irgend welchem Grunde die umgehende Widerrufserklärung zu äußern. Halten wir uns lediglich an die Worte des Entwurfs, so wäre G durch perfecten Vertrag gebunden. Es muß also neben den Bestimmungen des Entwurfs anerkannt werden, daß jede Offerte nach dem Verlauf gewisser Zeit ohne eingehende Annahmeerklärung als durch stillschweigende Revocation nicht blos abgeschwächt sondern völlig aufgehoben anzusehn ist; wie wir dies für das gemeine Recht angenommen haben.

Auch daß Utilitätsgründe für ein solches Zurückdatiren der Wirkungen sprechen können, mag nicht geleugnet werden. Nur wäre es vielleicht zu wünschen, daß die Frage, ob es dem Verkehr entspreche die Wirkungen der Verträge gerade mit dem im Entwurf angegebenen Zeitpunkt eintreten zu lassen, nochmals unbefangen geprüft wurde. Denn bei den bisherigen Erwägungen haben sich die beiden Fragen, wann der Vertrag perfect werde, und von wann er zu wirken beginnen solle, in einer für beide unersprießlichen Weise zusammengemischt. Vielleicht ließen sich allerlei praktische Gründe dafür anführen, die Wirksamkeit des Vertrags von einem noch frühern Zeitpunkte als dem, wo die Offerte dem Oblaten bekannt geworden, zu datiren. Uebrigens dürfte es mehr Sache des Kaufmanns als des Juristen sein, die Resultate dieser praktischen Erwägungen und Rücksichtsnahmen auf das Verkehrsinteresse dem Gesetzgeber zu entwickeln.

Endlich steht die Bestimmung des A. 280 im Gegensatz zum gemeinen Recht. Was hier Ausnahme ist, macht der Entwurf zur Regel. Die Zweifel, die sich aus der Fassung des Entwurfs ergeben, sind schon oben berührt worden.

Die Uebereinstimmung des Entwurfs mit unserer Theorie zeigt sich dagegen darin, daß die Offerte, Annahmeerklärung und Widerruf nicht wirken bevor sie den respectiven Adressaten zugegangen sind, und daß also der Vertrag für beide Theile nicht eher bindend wird, bis die Acceptation zu dem Offerenten gelangt ist. Auch wann beide Theile die Gewisheit des geschlossenen Vertrags erhalten entscheidet sich nach dem Entwurf ähnlich wie nach gemeinem Recht. Der Offerent in dem Zeitpunkt wo ihm die Annahmeerklärung zukommt. Acceptant würde nach Scheurls Theorie die Gewisheit des Vertragsschlusses schon in dem Augenblick haben da er seine Annahmeerklärung absendet, wobei denn aber der Vertrag bindend erachtet werden müßte auch wenn die Annahmeerklärung zum Offerenten nie gelangt wäre. Der Entwurf erfordert im Einklange mit unserer Theorie das Eintreffen bei dem Offerenten; Oblat kann also die Perfection des Vertrags nicht wissen, bevor er das Eintreffen

erfahren hat. Aber mit dieser Kunde weiß nach unserer Theorie der Acceptant daß der Vertrag zu stande gekommen ist, vorausgesetzt daß ihm nicht schon früher ein Widerruf zugegangen; nach dem Entwurf können dem Acceptanten auch nachher noch Zweifel bleiben. Denn wenn die Acceptation erst nach dem Termin eingetroffen wäre, bis zu welchem das Eingehn der Annahmeerklärung den Offerenten unbedingt bindet, so könnte der Vertragsabschluß durch einen von dem Offerenten geäußerten bei dem Oblaten aber noch nicht angelangten Widerruf unmöglich gemacht sein. Nach dem Entwurf erhält daher der Acceptant volle Gewisheit des bestehenden Vertrags erst dann, wenn er außer dem Eintreffen der Acceptation überhaupt auch weiß daß dieselbe rechtzeitig eingegangen oder daß dieselbe zwar verspätet dem Offerenten zugekommen, doch aber auf einen Widerruf desselben nicht gestoßen ist.

Auch hinsichts der Vertheilung der Beweislast stehn der Entwurf und unsere Theorie der Scheurlschen Anschauung gegenüber. Behauptet Offerent die Existenz des Vertrags während Oblat sie leugnet, so braucht nach Scheurl der Offerent nur zu beweisen, daß Oblat „Anstalt zur Uebermittelung seiner Annahmeerklärung an den Antragenden" gemacht hat; nach dem Entwurf und nach unserer Ansicht, auch daß die Annahmeerklärung bei ihm, dem Offerenten, eingetroffen. Praktisch dürfte hier der Unterschied nicht sehr erheblich sein. Anders wenn Oblat den Vertrag behauptet, den Offerent leugnet. Wiederum muß Scheurl sich daran genügen lassen, daß Oblat nachweise den „ersten Schritt zur Uebermittelung seiner Annahmeerklärung an den Offerenten" gethan zu haben. Ist dies erwiesen, so dürfte nach strenger Consequenz dem Offerenten auch die bewiesene Thatsache nicht helfen, daß die Annahmeerklärung trotz jenem ersten Schritte doch dem Offerenten nie übermittelt worden ist. Der Entwurf stimmt aber darin mit uns überein, daß diese Thatsache die Haftung des Offerenten aus dem Vertrage ausschließt. Und auch hinsichts der Frage, wer hier zu beweisen habe, müssen wir dem Entwurf zutreten. Wir betrachten das gegenseitige Bewußtsein der Uebereinstimmung als Requisit des Vertragsschlusses,

also muß wer den Vertrag behauptet diese Uebereinstimmung, insbesondere das Wissen des Gegenparts von der Einwilligung des Behauptenden beweisen; d. h. Oblat muß beweisen daß seine Annahmeerklärung dem Offerenten zugegangen ist. Dasselbe ergiebt sich aus A. 297 des Entwurfs; auch wenn man der in den Nürnberger Berathungen aufgestellten Ansicht beitreten wollte, der Vertrag sei in dem Augenblick der zur Absendung abgegebenen Annahmeerklärung geschlossen, aber unter der Bedingung daß die Erklärung dem Offerenten zugehe, müßte Oblat dies Zugehn nach allgemeiner Regel beweisen. Denn wer aus dem Vertrag, den er selber als bedingten anerkennen muß, Anspruch erhebt, muß die Existenz der Bedingung beweisen.

Eine weitere Frage: muß Oblat beweisen daß die Annahmeerklärung dem Offerenten bekannt geworden, oder genügt der Beweis daß dieselbe ihm zugegangen, der Brief bei ihm eingetroffen aber vielleicht uneröffnet geblieben ist? Wir erfordern das erste, A. 297 scheint sich an dem Beweise des Eintreffens genügen zu lassen. Gelingt dem Oblaten nur der Beweis daß der Brief eingetroffen, nicht auch der andere daß der Inhalt dem Offerenten bekannt geworden, so müssen wir den Oblaten mit der Vertragsklage abweisen und auf die a. doli vertrösten; daß der Oblat ohne Unterschied dieser Fälle die Contractsklage erhalte, dürfte der Praxis entsprechender zu sein scheinen. Dabei ist aber zu bemerken daß das „Eintreffen" der Annahmeerklärung an sich kein scharf begrenzter Begriff ist. Wann ist der Brief bei dem Adressaten in X eingetroffen? wann die Post, die ihn überbringt, in X anlangt? wann er dem Briefboten übergeben? von diesem im Hause des Adressaten beliebig an wen abgegeben ist? oder erst wann der Adressat selber oder wer für ihn Geschäfte besorgt, den Brief in die Hand oder doch unter das Auge bekommt? Mir scheint die unmittelbare Beziehung des Adressaten oder seines Vertreters zum Briefe unerläßlich um einen festen Begriff des Eintreffens aufzustellen, ich erfordere das Bewußtsein des Eingetroffenseins und die thatsächliche Gewalt über den Brief. Nach dieser Definition des Eintreffens dürfte die Differenz unserer Auf-

fassung von dem Entwurf praktisch nicht oft hervortreten; es sind sicher seltene Fälle, wo ein Kaufmann die ihm vom Oblaten zugehende Antwort wissentlich uneröffnet liegen läßt. Ich möchte glauben daß für diese seltenen Fälle die a. doli den Oblaten und Acceptanten genügend schützt, kann aber auch nichts dagegen einwenden, daß der Gesetzgeber aus Nützlichkeitsgründen statt der a. doli dem Oblaten die Vertragsklage, nach Römischen Begriffen eine a. utilis ex contr. giebt.

Endlich noch eins: braucht Oblat nur das Eintreffen, oder auch rechtzeitiges Eintreffen zu beweisen? Gewis nur das Eintreffen. Auch späteres Eintreffen macht den Vertrag perfect wenn Offerent inzwischen nicht den animus revocandi gefaßt hat (s. oben S. 408), und daß dies geschehen ist, hat Offerent selber als Einrede zu beweisen.

XII.

Ueber die processualische Consumption bei den actiones adiecticiae qualitatis.

Von Professor Dr. G. Dietzel in Leipzig.

Durch v. Keller, Litiscontestation S. 411—35, ist der Satz, daß die sog. actiones adiecticiae qualitatis und die directen Klagen gegen das Hauskind, den institor u. s. w. sich consumiren, zur allgemeinen wissenschaftlichen Ueberzeugung geworden. Die Formel, wie sie v. Keller für die actio de peculio angibt, hat jenen Satz wissenschaftlich begründet. Dieselbe Formel liegt auch nach v. Keller der actio quod iussu, exercitoria und institoria zum Grunde. Hiernach haben die actiones adiect. qual. und die directen Klagen dieselbe Intentio: filium familias (magistrum) dare facere oportet. Aber v. Keller selbst bekennt von der Formel der actio de peculio, daß sie in den Quellen direct nicht angegeben sei; er kann seine Formel als Hypothese aus den Quellen nur unterstützen S. 423. Für die Formel der actio exercitoria, institoria, quod iussu muß sogar die hypothetische Formel der actio de peculio als Unterstützung genügen S. 432. 33. Diese Hypothese ist es, welche seit v. Keller das Verständniß all jener Quellenstellen vermittelt, die auf ein Consumtionsverhältniß hindeuten oder zu deuten scheinen; sie sind für Keller auch allermeist der adminiculirende Beweis jener Hypothese. Daß es nur Spuren sind, die der Deutung selber wieder bedürfen und auch nicht völlig sicher scheinen, haben mit Keller auch Andere gefühlt z. B. Wächter, Erörterungen 3. Heft S. 21 Note 27.

Auch Bekker, proceß. Consumption S. 84, stimmt Keller's Auffassung der actio de peculio und der andern actiones adiect. qual. im Allgemeinen bei. Aber er bezweifelt doch zuerst die Richtigkeit der Formel der Peculienklage, wenn auch nur um die Peculienklage de residuo damit in Einklang zu bringen. Daher kam er auch nur zu dem Resultat, daß bei theilweiser Einklagung mit der einen Klage noch immer die andere Klage auf den Rest bestehe S. 241. Dies kann zugegeben und doch zugleich gefragt werden, ob denn eine theilweise Einklagung hier sich denken lasse, wie bei den correi. Müßte verneint werden, so wäre das Resultat Bekker's wissenschaftlich ohne Werth. Denn ist Theilung nicht möglich, so ist gegenseitige Consumption nothwendig und unvermeidlich.

In meiner Abhandlung über das Peculium, 2. Bd. 1. Heft dieses Jahrbuches S. 23. 24. 40. 41, habe ich die actio de peculio und de in rem verso wesentlich anders als Keller formulirt; die Intentio laute: patrem (dominum) dare facere oportet. Dasselbe muß auch von den anderen actiones adiect. qual. behauptet werden. Aber auch das Consumtionsverhältniß stelle ich allgemein in Abrede. Diese zwei Punkte, die Formel und das Consumtionsverhältniß jener Klagen sollen mich hier beschäftigen. Die nahe Beziehung dieser Lehre zu der Correal- und Bürgschafts-Obligation mag zum Schluß einen Blick auch hierauf rechtfertigen. Die actiones adiecticiae qualitatis werde ich immer als die prätorischen Klagen aufführen, die anderen als die directen. Wenn ich nur v. Keller mit Seitenzahl citire, so meine ich dessen Werk über Litiscontestation und Urtheil.

I. Die Formel. Keller nimmt für die Formel der prätorischen Klagen das Vorbild aus der Klagformel beim defensor, wie es Gaius uns überliefert. Seine Formel lautet „genau so, wie wenn der Vater als Procurator, Defensor des Sohnes belangt würde." Die Formel der prätorischen Klagen ist nur eine „formula mit subjectiver Umstellung"; „es war nicht darum zu thun, das Rechtsverhältniß oder dessen Klage in den objectiven Bedingungen zu erweitern," v. Keller, Civilproceß 2. Ausg. S. 122. Auf

dieser Anschauung des Verhältnisses ruht die Formel Kellers, nicht auf irgend einem directen Zeugniß der Quellen. Jene Anschauung soll vorerst nach ihrem dogmatischen Werth geprüft werden. Nach Keller ist also der Vater der Procurator seines Sohnes, der Chef Procurator seines institor; der Sohn aber, der institor erscheint als dominus, als Chef: darum steht der Sohn in der Intentio, der Vater in der condemnatio. Kehrt nicht diese Formel das Verhältniß geradezu um oder vielmehr verwirrt sie nicht das ganze Verhältniß? Das Bild ist gleich schief in den Peculiarverhältnissen, wie in den Fällen der actio quod iussu u. s. w. Nun aber die Folge jener Anschauung. Im procurator ist vor der Litiscontestation keine Obligation vorhanden; daher die Intentio „dominum dare oportet" und „condemnatio autem in eius personam convertitur qui iudicium accepit" Gaius IV, 87. Keller und die ihm folgen (s. z. B. Note 6) müssen behaupten, daß der Vater, der exercitor vor der Litiscontestation nicht obligirt sind, daß sie es erst durch dieselbe werden, wie der procurator. Aber dem widerspricht Alles und die Quellen direct, was keiner Erörterung bedarf. Es genüge nur l. 44 D. de pec. 15, 1: Si quis cum filiofamilias contraxerit duos habet debitores, und die Erinnerung an die honoraria obligatio [1]). Im Lauf der Darstellung wird dieser Widerstreit der Formel Kellers mit den Quellen sich immer neu herausstellen. Aber schon hier muß an einer verwandten Lehre die Bedeutung der Formel Kellers dargelegt werden. Ich meine die Noralklage, wo der Vater in der That nur defensor ist: die Consequenzen sind klar und ganz andere als in unserem Fall, z. B. die Noralklage braucht der Vater als defensor nicht anzunehmen, unsre prätorischen Klagen kann er nicht abweisen — cogendus est quasi aliam quamvis personalem actionem suscipere, l. 21 § 4 D. de pec. 15, 1; vgl. noch l. 21 pr. 37. 38 pr. 39 § 3. 4. 42 pr. § 1 D. de nox. act. und l. 7

1) v. Savigny, Obligationenrecht I. 215. II. 33, scheint das Bedenkliche der Keller'schen Formel gefühlt zu haben. Vergl. auch v. der Pfordten, Abhandl. S. 130 und die allgemein übersehene Stelle in l. 12 D. 42, 8.

§ 4 D. nautae 4, 9. Die Noxalklagen müssen auf die Sclaven in der Intentio gelautet haben, wie es v. Keller für unsre prätorischen Klagen behauptet. Aber wir lesen S. 52: „die Intentio lautet bei Noxalklagen auf den Herrn selbst, nicht wie z. B. bei der actio de peculio auf die Person des Sclaven.“ Wegen l. 14 D. de his qui not. inf. 3, 2 — — quippe cum initio lis in eum (servum) contestata non sit. Gewiß unrichtig: „initio“ übersieht v. Keller; l. 6 § 2 eod. Si quis alieno nomine condemnatus fuerit, non laborat infamia; et ideo nec procurator meus vel defensor — vel heres vel ex alia simili specie condemnatus notabuntur, nec ego si ab initio per procuratorem causa agitata est. Was heißt denn litem contestari? Doch, um es kurz zu sagen nach Keller S. 127, condemnari oportere. Also lis in eum contestata est „quem condemnari oportet“. Darauf führt Kellers Buch nothwendig, ebenso Gaius IV, 86. 87. Der ganze Titel de noxal. act. widerspricht der Keller'schen Noxalklage, und gerade auch l. 14 D. cit. Denn die Litiscontestation consumirt; also ist nicht mehr servus obligirt, sondern der dominus als defensor, s. z. B. l. 26 § 5 D. de nox. act. 9, 4. Daher l. 14 D. cit.: „Servus, cuius nomine noxale iudicium dominus acceperit (Gaius IV, 87), deinde eundem liberum et heredem instituerit, ex eodem iudicio damnatus (als heres) non est famosus, quia non suo nomine condemnatur (sondern defuncti nomine „in quem condemnatio convertitur“, Gaius cit., l. 6 § 2 eod.), quippe cum initio lis in eum contestata non sit. Damit fällt der Beleg v. Keller's aus l. 42 § 1 D. de nox. act. — — propter eum (servum) dare oportere. Denn freilich „propter servum dominus condemnatur“: das ist origo iudicii, s. unten Note 7. Eben weil ipsum dominum dare non oportet, sed propter servum duntaxat condemnari oportet, erklärt sich mortuo servo ante iudicium acceptum dominum non teneri, erklärt sich noxa caput sequitur dem wohl gleich ist „noxalis (actio) ipsum (servum manumissum) sequetur in l. 42 pr. D. de furt. 47, 2.

Ganz anders si servus sciente domino noxam commisit, dann ist es nicht noxalis actio, der Herr haftet suo nomine und dominum ipsum dare oportet l. 2 pr. l. 4 § 1. 2 eod. Dies wird genügen zur Widerlegung. Die Behauptung ist: in der Noxalklage, auch de pauperie steht servus, animal in der Intentio, der dominus in der Condemnatio; nämlich si paret Stichum Titii servum furtum fecisse [bovem, qui Titii est, pauperiem fecisse], rel. Dazu vgl. l. 1 § 11. l. 5 D. de paup. 9, 1; auch die Combination (adiiciatur) in l. 42 pr. D. de furt. 47, 2 scheint das hier Behauptete sehr zu bestätigen. Nicht täuschen kann Gaius IV, 37: denn die Noxalklagen setzen römische Eigenthümer voraus. Man vergleiche noch l. 7 pr. D. de publicanis 39, 4: in vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri, dazu Böcking, Institt. 2. Aufl. S. 231 Note 3*, und l. 19 D. de iure fisci 49, 14 — — quoniam res, non persona convenitur. Diese Stellen werden auch die Intentio der actio de pauperie begreiflicher finden lassen. Ich behaupte also für die Noxalklagen und die actiones adiecticiae qualitatis gerade die umgekehrte Intentio, wie sie v. Keller annimmt; der von mir geforderten Intentio entspricht völlig das materielle Recht in beiden Fällen [2]). Die Erinnerung an die Noxalklagen gewinnt an Ge-

2) Brinz, krit. Bl. No. 2 S. 11. No. 3. S. 27. 46 No. 4. S. 15 erklärt die Noxalklagen nicht bloß, sondern auch unsre prätorischen Klagen aus einer Defensionspflicht, behält jedoch hier wie dort die Kellersche Formel bei! Das ist nun gar nicht zu rechtfertigen. Ich muß hier nachträglich bemerken, daß von Brinz meine Ansicht über das Peculium wenigstens theilweise, wenn auch nur mehr zweifelnd, angedeutet ist, und bedaure, daß erst diese Abhandlung mich darauf aufmerksam gemacht hat. — In jüngster Zeit hat v. Helmolt, die Correal-Obligationen S. 47. 92, den Sclaven als Hauptschuldner bezeichnet und nun die Verpflichtung des Vaters, wie auch in den Fällen der act. adi. qual. neben der fideiussio u. s. w., als Neben-Obligation hingestellt. Von der Begründung abgesehen, so finde ich in unserem Fall weder eine Haupt- noch eine Neben-Obligation. Der Sclave ist Schuldner, der Herr defensor: damit erledigt sich Alles. Nun dreht Zimmermann in der Recension der Schrift Helmolts, krit. Zeitschr. V, 2 S. 158. 59 die ganze Sache gar um: der dominus insciens sei der einzige und darum Hauptschuldner!

wicht durch eine Notiz bei Gaius III, 84. IV, 80: wer eine capitis deminutio minima erleidet der Art, daß er in das ius eines Andern kommt — qui se in adoptionem dat, quae in manum convenit, in causam mancipii —, der haftet iure praetorio noch immer utili actione rescissa capitis deminutione: „et si adversus hanc actionem [ab eo cuius iuri subiectae sunt in solidum] non defendantur, quae bona eorum futura fuissent si se alieno iuri non subiecissent, universa vendere creditoribus praetor permittit.“ — Hier ist doch klar, daß nur ein Schuldner vorhanden ist, der pater adoptivus u. s. w. muß aber die defensio übernehmen: Gaius erwähnt dies als eine Eigenthümlichkeit und bezeugt damit doch meine Ansicht über unsre prätorischen Klagen [3]).

Wir müssen die Auffassung, in der prätorischen Klage sei der Vater defensor filii, noch weiter prüfen. Ist das richtig, so ist der Vater vor der Litiscontestation auch nicht iure honorario obligirt. Wie ist es nun aber möglich, daß der Sohn z. B. in Betreff der Peculienklage als defensor patris auftreten kann, l. 10 § 3 D. de in rem 15, 3 und dazu mein sctum Macedonianum S. 40. 43. 64. Umgekehrt kann auch der Vater als defensor filii, „si hoc maluerit“ fungiren, s. z. B. l. 20 D. de pact. 2, 14. Dies stimmt doch durchaus nicht mit Kellers Hypothese [4]).

Ist der Vater defensor, so muß man sich wundern, daß wir nirgend von einer stipulatio iudicatum solvi lesen. Dies proces-

Auf Keller kann sich Z. nicht stützen, man s. z. B. Civilpr. S. 265 a. E.; worum Zimmermann mit H. streitet, ist man längst einig, und Beide haben das Unrichtige, vgl. z. B. Zimmern, Gesch. d. röm. Priv. I. 2 S. 699.

3) Dazu vgl. Böcking, Institutionen 2. Aufl. S. 176 Note 5, dem ich in der Erklärung jener Stellen des Gaius ganz beistimme; s. noch Huschke Gaius. Beiträge S. 176—78. Nur um ante gestum handelt es sich: die actio de peculio hat nicht Statt, aber defensio ist Pflicht. Nach l. 42 D. de pec. 15, 1 kann kein Zweifel sein.

4) Dieser Einwand fällt doppelt ins Gewicht, wenn man dazu vergleicht was Keller S. 441 Note 12 1) schreibt. S. auch unten Note 12.

sualische Bedenken verdient Beachtung; daß jene cautio nicht nöthig war, vermag Keller nicht zu erklären: der Grund ist aber derselbe wie im umgekehrten Fall der l. 39 § 4 D. de procur. 3, 3 und ergibt sich daraus, daß der Vater suo nomine propter honoriam obligationem, nicht als defensor, den Proceß übernimmt, Gaius IV, 101, bes. l. 28 § 5 D. de castr. pec. wovon später S. 428. Davon unterscheide man nur die simple defensio des absens filius durch den pater l. 14 D. qui satisdare 2, 8. Noch weit bedenklicher gegen Keller macht l. 4 pr. § 1. 2 D. de re iudic. 42, 1: Si se non obtulit procurator, iudicati actio in eum denegabitur et in dominum dabitur; si se obtulit, in ipsum dabitur. Nun ist doch der Vater als procurator in der prätorischen Klage nicht Einer qui se obtulit. Das Resultat wäre, daß aus der prätorischen Klage der Vater nicht, sondern nur der Sohn iudicatus würde. Hier ist der Widerspruch der Theorie Kellers mit den Quellen doch evident. Uebrigens würde daraus, daß der Vater nicht liti se offert, schon der Wegfall der satisdatio sich erklären, was für die Noxalklage speciell bezeugt wird l. 39 § 1 D. de nox. act.; auch l. 4 D. 2, 9 gehört hierher: anders beim absens servus l. 2 § 1 eod.

Wenn es in l. 5 § 1 D. de exerc. act. 14, 1 heißt: hoc enim edicto non transfertur actio sed adiicitur, so hat das nach der Formel Kellers weder Sinn noch Werth. Ist der Vater nur defensor, dann liegt nicht einmal der Schein einer translatio vor; und adiicitur kann doch nicht heißen, daß der exercitor erst durch Litiscontestation Schuldner werde. Was soll nun jene Präcisirung? Ich kann daraus nur lesen: nach diesem Edict steht der Vater in der Intentio (adiicitur actio), aber das ist keine translatio. Der Sohn, der magister, ist suo nomine noch immer obligirt: man kann also auch gegen diesen klagen, s. auch Böcking a. a. O. S. 510 Note 44. Die Formel der prätorischen Klage erregte ja den Schein, als ob der Vater, der exercitor der einzige Schuldner wäre; aber non transfertur, sed adiicitur. Trefflich stimmt dazu die Bemerkung des Marcellus: patrem enim etsi quis debito-

rem existimaverit in l. 5 § 2 D. de liber. leg. 34, 3; dazu meine Abh. a. a. O. S. 42 [5]).

Das schwerste dogmatische Bedenken gegen Kellers Formel scheint mir aber, daß weil die prätorische Klage nur eine „formula ist mit subjectiver Umstellung", auch „in den objectiven Bedingungen" gar keine Differenz zwischen der prätorischen und directen Klage denkbar ist. Dies hat Keller in einem Zusammenhang, namentlich im Civilproceß S. 123. 124, ausgesprochen, daß über den Sinn kein Zweifel sein kann. Er meint nicht bloß jene „Einheit der Obligation" wie er sie bei den correi u. dgl. annimmt, wo „die Mehrheit der Personen zum Wesen der Obligation selbst gehört" und „mehrfache directe subjective Beziehung" besteht, sondern vielmehr die subjective Beziehung in der prätorischen Klage ist keine directe (nur „subjective Umstellung"), folglich ist die Obligation nicht Einheit, sondern nur einfach. Einheit ist Vielheit unter einem gemeinsamen Begriff („Einheit des Objects" sagt Keller, richtiger scheint „dasselbe Object"); einfach ist die Obligation, die keine mehrfache directe subjective Beziehung hat, also nothwendig subjectiv und objectiv dieselbe ist, ein gemeinsames Moment ist in der einfachen Obligation auch logisch nicht denkbar. Wenn der defensor durch Litiscontestation die Obligatio des dominus auf sich zieht, so wird man nicht von Einheit der Obligation sprechen dürfen, sondern man muß bekennen, daß es entweder dieselbe Obligation oder eine andre als nova ist, in jedem Fall immer nur eine einfache. Bestand, Inhalt, Umfang der (einfachen) Obligation ist mithin subjectiv wie objectiv stets nach der gleichen Regel zu beurtheilen, also beim defensor immer nur aus der Person des dominus: nicht suo nomine, sondern alieno nomine — was die Formel bei Gaius bezeugt — wird Alles beurtheilt. So muß und soll es nach Keller auch in unserem Falle sein, wenn der Vater mit der prätorischen Klage belangt wird. Nicht zwei Obligationen sind da, nicht Ein-

5) Nachträglich bemerke ich noch l. 11 D. de cond. indeb. 12, 6, die l. 5 § 2 cit. nicht widerspricht; im Ganzen richtig Brinz, krit. Bl. No. 3 S. 27, aber condemnirt war schon, sonst Gaius IV, 114: dazu v. Keller, S. 180.

heit der Obligation ist vorhanden, sondern eine einfache Obligation, eine einzige; es ist nicht werthlos an eine römische Ausdrucksweise zu erinnern: in den prätorischen Klagen und in den directen Klagen sind weder „duae species eiusdem potestatis" noch „aliqua differentia obligationum" vorhanden, sondern eadem obligatio (simplex). So muß denken, wer mit Keller den Vater als defensor sich vorstellt und also in der condemnatio compariren läßt [6]); ich trage kein Bedenken, dies dogmatisch durchweg unrichtig zu nennen. Die Quellen auch zeugen meines Erachtens schlechthin dagegen. Nach Keller nämlich ist der Vater, der exercitor nicht suo nomine, sondern alieno nomine obligirt und haftbar. Die Consequenzen können nicht zweifelhaft sein; aber das Dogma der Quellen führt nothwendig darauf, daß der Vater suo nomine obligirt und haftbar ist. Die prätorische Obligatio hat ihre causa in sich selbst, d. h. der Vater ist suo nomine obligirt. Freilich hat der Vater nicht contrahirt, deßhalb ist er eben direct nicht obligirt, deßhalb kann er auch nicht unbedingt obligirt sein. Der thatsächliche Anlaß der prätorischen Obligatio (origo) [7]) ist allerdings ein negotium filii (magistri); insofern sagen die Quellen: hae actiones filiorum nomine in parentes dari solent Gaius IV, 69. Nur diesen Sinn hat haec actio ex persona magistri in exercitorem dabitur in l. 1 § 24 D. de exerc. act. 14, 1; dies gegen Keller S. 432. Aber jenes negotium filii ist nicht der Rechtsgrund der prätorischen Obligation, wie Keller behauptet: sonst müßte der Vater unbedingt daraus obligirt sein, wie es der defensor

6) So z. B. Brinz, krit. Bl. No. 2 S. 11 No. 3 S. 26, nur daß er von Defensionspflicht spricht; „die Defensionspflicht ist die Haftung. Diese Haftung ist also nicht die Contractsschuld, nicht identisch mit der contrahirenden Person." Der Vater ist „an sich" gar nicht obligatus. Das sind doch nur künstliche Paraphrasen der Theorie Kellers. Und die Consequenzen! — v. Savigny ist in dieser ganzen Frage nicht einig, s. Obligationenrecht I. S. 104 und oben Note 1.

7) Dazu s. l. 33 pr. D. de donatt. 39, 5. — l. 3 § 11 D. de pec. 15, 1; ähnlich wie in der Noralklage, „propter servum dare oportere" l. 42 D. de nox. act. 9, 1.

wird und der Erbe ist. Ueber den Rechtsgrund lassen die Quellen keinen Zweifel: ex voluntate patris contrahi videtur; in unzähligen Modificationen, die nur dasselbe bedeuten, s. z. B. Gaius IV, 70. 71; l. 4 D. de min. 4, 4; l. 7 § 11 D. de scto Maced. 14, 6; l. 1 pr. D. quod iussu 15, 4; so auch v. Savigny, Oblig. I. S. 104. 215. Brinz krit. Bl. No. 2 S. 11 ffg.; wer möchte überhaupt ernstlich zweifeln. Der Rechtsgrund macht und bestimmt die Klage, für welche das negotium filii nur das zu beurtheilende Factum (origo) ist. Hier zeigt sich auch die objective Differenz der beiden Klagen, die also nothwendig auch subjectiv ist. Soweit dieser Rechtsgrund zutrifft, ist der Vater iure praetorio suo nomine obligirt, faktisch filii nomine; soweit nicht, ist der Vater gar nicht obligirt trotz eines negotium filii (filii nomine im factischen Sinne). Diese prätorische Obligation kann durch den Vater modificirt (perpetuirt) werden: dann ist er schon faktisch suo nomine, ex sua ipsius persona, obligirt. Wir müssen also unterscheiden:

a) negotium filii (filii nomine) an sich, — so bei denjenigen negotiis quae non ad patrem (peculium, patrimonium) spectant, dazu meine Abh. S. 25 a. 26, bei der noxalis causa: in diesen Fällen wird erst durch iudicium acceptum der dominus obligirt und nun suo nomine condemnatur (wie unter c.) Vgl. l. 2 § 1 D. de nox. act.

b) negotium filii (filii nomine) quoad originem mit obligatio iure praetorio ante iudicium acceptum: dies ist also patris obligatio filii nomine, suo nomine obligatur ideoque suo nomine condemnatur. S. noch meine Abh. S. 14—16. Ich mache noch besonders aufmerksam auf die Berechnung der Falcidischen Quart ex persona filii, s. v. der Pfordten Abh. S. 109 und mein sctum Maced. S. 22 Note 2.

c) Dieses suo nomine obligatum patrem esse (a. post b. ante litisc.) modificirt durch den Vater z. B. si dolo quid fecit, si servus sciente domino ab eo qui solvendo non est emit l. 6 § 12 D. 42, 8; durch Constitutum l. 1 § 8. l. 2 D. de pec.

constit. 13, 5. Besonders vergl. l. 12 D. 42, 8, in welcher Stelle die hier vertheidigte Ansicht klar durchscheint.

Diese aus den Quellen überall ersichtliche Differenz ignorirt Keller gänzlich; denn nach ihm ist der Vater als defensor immer nur filii nomine haftbar d. h. unbedingt ex negotio filii, was freilich erst post litem contestatam eintreten und weder objective noch subjective Differenz bewirken könnte. Aber Ulpian. schreibt in l. 1 § 24 D. de exerc. act. 14, 1 — — sed et sive suo nomine i. e. propter honorariam obligationem sive magistri nomine solverit (exercitor.). Daß die prätorische Obligation unbedingt ex negotio filii nicht folgt, daß sie also auch nicht dieselbe ist, darüber läßt sich doch wohl gar nicht streiten; darauf komme ich unter Nr. II zurück. Die Differenz soll jetzt erst von einer andern Seite gezeigt werden. Zunächst erklärt sich daraus, wie der Sohn defensor patris und der Vater „si hoc maluerit" defensor filii werden kann; ferner daß der Vater auch post mortem filii haftet, ohne vorhergehende Litiscontestation, was Keller gar nicht erklären kann. Endlich erklärt sich nur so, daß der Sohn sich für die prätorische Obligation des Vaters und umgekehrt für die directe Obligation des Sohnes der Vater sich verbürgen kann, l. 19 § 2 D. de instit. act. 14, 3, l. 12 D. de fideiuss. 46, 1 dazu mein sctum Macedon. S. 59. 60; ferner daß wenn dem Vater liberatio legata ist, dies nur der prätorischen Obligation gilt „ne etiam filius liberetur"; wenn dem Sohn, gilt es im Zweifel auch der prätorischen Obligation; war der Vater Bürge pro filio und dem Vater ist liberatio legata „eum pacto liberandum quasi fideiussorem, non quasi patrem, et ideo de peculio posse conveniri (es kann ja Niemand für sich bürgen); hoc ita demum putat, si duntaxat quasi fideiussorem eum voluit testator liberari, ceterum si et quasi patrem, et de peculio erit liberandus" l. 5 § 2. 3. 4 D. de liber. leg. 34, 3. Endlich erklärt sich nur so, daß der Vater de peculio obstrictus, wenn er constituirt, nur auf soviel haftet als zur Zeit des Constitutum im Peculium war; ceterum si plus suo nomine con-

stituit, non tenebitur in id quod plus est. Quodsi filii nomine constituerit se decem soluturum, quamvis in peculio quinque fuerint, de constituta in decem tenebitur l. 1 § 8. l. 2 D de pec. constit. 13, 5. vgl. l. 19 § 2 eod. Diese Ausführungen werden wohl genügen, um die Richtigkeit meiner Unterscheidung von filii nomine und suo (patris) nomine zu beweisen und zugleich darzuthun, daß Keller's Formel, die nur ein „filii nomine" d. h. alieno nomine zuläßt, unwahr ist. v. Keller, Civilpr. S. 251 Note 717, bemerkt zwar, Niemand behaupte, daß der Vater bloßer defensor rei alienae sei. Das Vorige hat aber wohl gezeigt, daß schon der Gesichtspunkt, der Vater sei defensor wenn auch nicht bloßer defensor, nicht haltbar ist. Uebrigens sagt Keller, Litiscont. S. 413. 14. 16. 26 Note 13. 440 zur Unterscheidung von den Correalobligationen und Civilpr. S. 115. 122. in Verbindung mit dem defensor, doch unumwunden, daß die prätorische Klage „im objectiven und subjectiven Bestande" von der directen Klage sich nicht unterscheide. „Substantiell" befaßt die Obligation allein die Subjecte der directen Klage; die prätorische Klage vermittelt nur die „Leistung" auch durch den Vater (Defensionspflicht sagt Brinz). Darnach kann doch nur, wer Keller nicht versteht, behaupten, daß der Vater nach Keller etwas Anderes als defensor sei. Endlich aber, was ist die Formel, wenn wir in ihr nicht den „innigen Zusammenhang zwischen Gedanken und Form, zwischen Idee und äußerem Hergang" lesen dürfen, Keller Civilpr. Vorrede S. V., wenn man nicht bedenkt, „wie innig bei den Römern das materielle Recht mit dem Formelwesen verflochten war" S. 427.

Aus diesen Gründen behaupte ich die Unrichtigkeit der Keller'schen Formel und eine selbstständige Intentio der prätorischen Klage: nämlich patrem (exercitorem) dare facere oportere. Findet diese Formel, wie ich sie setze, in den Quellen Unterstützung und wie vermag Keller seine Formel aus den Quellen zu bestätigen? Directe Belege fehlen für beide Ansichten oder sind wenigstens unsicher. Nur um größere Wahrscheinlichkeit kann es sich handeln; diese glaube ich in dem Vorigen für meine Ansicht erreicht zu haben.

Eine wesentliche Bestätigung sehe ich noch bei Gaius IV, 134. 135: „in gewissen Fällen werde in der praescriptio eine andere Person als in der Intentio genannt", erinnert Gaius s. Huschke, Zeitschr. f. gesch. Rw. XIII S. 325—28. Gaius spricht freilich nur von der Klage des dominus aus einem Geschäft des Sclaven: „intentione formulae determinatur is cui dari oportet; et sane domino dare oportet quod servus stipulatur: at in praescriptione de pacto quaeritur quod secundum naturalem significationem verum esse debet." Dazu meine Abh. S. 40—43. Diese praescriptio demonstrationis loco umfaßte die „thatsächliche Angabe des Rechtsgeschäftes",; ein Schluß auf den andern Fall, wo der Vater aus dem Geschäft des Sohnes obligirt wird, scheint mir wohl gerechtfertigt. Die Präscriptio stellt dar, daß der Sohn in peculium, in rem patris, als magister des Vaters contrahirt habe: so erklärt sich, warum der Vater geben muß und zugleich daß er nur soweit geben muß, „quatenus iussit, praeposuit, in peculium redactum est." Beide Fragen beantwortet Keller's Formel nicht; namentlich folgt aus ihr eine unbedingte Haftung des Vaters, nicht bloß „quatenus praeposuit."[8]) So zeigt meine Formel die objective und subjective Differenz der prätorischen und directen Klage, völlig entsprechend dem Dogma der Quellen. Hiermit fällt auch der Grund Keller's, S. 423. 440, „es könne von einem directen dare facere oportere des Vaters" keine Rede sein. Das wird auch Niemand behaupten; meine Formel erklärt eben warum der Vater geben muß (indirect), daher bedingte Haftung: „attamen loco esse conditionalis debitoris" schreiben Julian und Marcellus in l. 5 § 2 D. de lib. leg. 34, 3. Auffällig genug, daß Kellers Formel doch zu einer Haftung des Vaters führt, als ob er direct obligirt sei. Nicht klar ist mir, was Keller, Civilpr. S. 170 Note 478 bemerkt: der ganze Zusammenhang scheint gegen die Angaben S. 122 zu sprechen.

---

8) Das ist es, was Brinz mit der Defensionspflicht als eigner Haftung, nicht identisch mit der Contraktsschuld, erreichen wollte, aber nicht erreicht hat. Bei den Noralklagen besteht ja auch jene Pflicht und da wirkt sie doch anders!

Jene Notiz des Gaius klingt wieder in l. 2 C. si mancip. 4, 56, welche Stelle Böcking zu Gaius notirt, und in l. 4 D. de instit. act. 14, 3: nec mutat causam actionis locus vendendi emendive, quum utroque modo verum sit institorem emisse aut vendidisse. Keller, S. 433, sieht darin ebenfalls einen Hinweis auf die Formel, freilich nur der actio institoria. Auch l. 13 pr. D. eod. scheint hiermit in Bezug zu stehen: der Kläger muß die Wahrheit der Präscriptio beweisen; glaubte er, das Darlehen sei mercis gratia aufgenommen, was er jedoch nicht beweisen kann, so darf er nun nicht darauf zurückgehen, „quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus," denn deßhalb hatte er nicht geliehen.[9]) Es erklärt sich, wie nach meiner Formel die Fiction Kellers „servum si liber esset dare facere oportet" sich von selbst erledigt. Für diese Fiction fehlt jeder Anhalt in den Quellen; denn die von Keller S. 427 Note 16 citirten Stellen sagen doch nur: ex causa civili computandum est. Das Bedenken Dernburg's, krit. Zeitschr. I. S. 8., der sogar auch bei der actio de peculio filii nomine Fiction fordert, halte ich für unbegründet; es würde sich übrigens erledigen, wenn man mit Huschke Gaius S. 76 liest si liber esset ex iure Quiritium. S. noch meine Abh. S. 41.

Keller S. 426 zieht besonders a., l. 18 § 4. 5 D. de castr. pec. 49, 17 für sich an: wegen einer Schuld die das castrensische Gut trifft, kann der Vater die actio de peculio abweisen. „Et si sponte patiatur, ut quilibet defensor satisdato filium in solidum, non peculio tenus defendere debeat." Wie hieraus die Formel der Peculienklage im Sinne Keller's „wahrhaft anschaulich" werden soll, daß nämlich „diese Klage sich von der Klage gegen einen defensor nur durch die modificirte condemnatio unterschied," ist kaum zu sehen; doch eher das Gegentheil. b.) l. 6 § 12 D. quae in fraudem 42, 8: ein Sclave kauft wissentlich von einem Zahlungsunfähigen. Der Herr

9) Vgl. Thöl, Handelsrecht 3. Aufl. § 29 Note 2. 9. 11.

haftet soviel er davon hat oder de peculio, dazu meine Abh. S. 25a. Sed si dominus scit, suo nomine convenietur. Das ist doch gleich dem Fall, wo der Erbe ex suo ipsius dolo tenetur und bestätigt nur meine Ansicht von filii und patris nomine, oben S. 424. c) l. 42 pr. D. de furt. 47, 2. In dieser Stelle einen Beweis für Keller's Formel zu finden, ist mir unmöglich; der Satz vulgaris formula in dominum danda est kann doch nichts beweisen, jedenfalls nicht für Keller, s. noch oben S. 418.

Noch ein Punkt, auf den Keller S. 423. 24 viel Gewicht legt, bedarf der Erörterung. Weil auch die actio de peculio eine Intentio hat und „intenditur recte, etiamsi nihil sit in peculio," weil ferner „ein Mahl quellenmäßig constatirt ist, daß die Erwähnung des Peculium in der Condemnation enthalten war" und die bloß prätorische Verbindlichkeit durch den Betrag des Peculium bedingt ist, so folge, daß in der Intentio von einer Verbindlichkeit des Vaters, irgend welcher Art, nicht die Rede sein konnte. Dieser Schluß stützt sich weniger auf die Quellen, als darauf daß von einem directen dare facere oportere des Vaters nicht die Rede sein kann, s. oben S. 427. Jene „quellenmäßige Constatirung" kann ich in § 4 I quod cum eo 4, 7 nicht finden; es ist doch nichts natürlicher, als daß die faktischen und rechtlichen Bedingungen der Klage in der praescriptio und demonstratio zu lesen sind, nicht erst in der condemnatio: hiernach ist Gaius IV, 73 und jene Institutionenstelle leicht zu verstehen. Hierzu wie über das „intenditur recte" s. meine Abh. S. 9. 19—22. 33. 42. Keller ist auch hier wie anderwärts S. 432 durch den Quellenausdruck „adiicitur actio" verleitet, nicht eine „besondere reelle Actio, sondern eine bloße Modification, eine bloße mögliche adiectio anderer Klagen" zu behaupten. Gewiß ein Mißverständniß von „adiicitur actio,"[10]) s. oben S. 421 und l. 12 D. 42, 8.

II. Das gegenseitige Consumtionsverhältniß. Es ist zu unterscheiden das Consumtionsverhältniß der prätorischen Klagen

10) Mit dem Worte adiectio wird h. z. T. viel Mißbrauch getrieben.

unter einander von der gegenseitigen Consumtion der prätorischen und der directen Klage. Diese Trennung ist weder von Keller S. 430. 434. 35 noch sonst z. B. von Bekker, Brinz, v. Vangerow beachtet. Nur das Zweite beschäftigt mich hier; doch will ich das Erste zum Schluß berühren.

a) Die Consumtion der prätorischen und directen Klage. Nach Keller S. 445 ist „Identität der Intentio mehrerer actiones in personam wohl ein sicheres Zeichen, aber keineswegs nothwendige Bedingung gegenseitiger Consumtion." Nothwendig ist also seine Formel nicht; die gegenseitige Consumtion könnte auch ohne dies Statt haben. Die Intentio der prätorischen Klage könnte auch lauten: quidquid Gaium patrem (si ipse contraxisset) dare facere oporteret. Keller wird kaum in Abrede stellen können, daß die Intentio — nur ohne jene Fiction — denkbar und zwar aus gutem Grunde, iure praetorio, denkbar ist. Ueber die Consumtion wäre ja damit noch Nichts ausgesagt. „Allein, sagt Keller S. 427 Note 15, von allem Andern abgesehen, so wird sich die Unmöglichkeit einer solchen Annahme durch die Angabe der positiven Bestimmungen über die in solchen Fällen Statt findende Consumtion von selbst des bestimmtesten erzeigen." Nun wenn die gemeinsame Intentio nur ein sicheres Zeichen ist, warum denn die Unmöglichkeit einer verschiedenen Intentio? Diese Frage nur, um aufs Neue anzudeuten, wie Keller's Lehre auf Hypothesen ruht.

Identität der Intentio ist also keineswegs nothwendige Bedingung gegenseitiger Consumtion: soweit ist freilich der ganze Formelstreit für Keller indifferent; ich mag aber daraus entnehmen, daß auch nach Keller meine Formel an sich gerechtfertigt ist, wenn ich nur keinen Schluß für die Consumtionsfrage daraus ziehe. Für Keller ist nur die Identität das untrügliche Zeichen der Consumtion.

Was bedeutet nun Identität der Intention? Doch daß die Obligatio im objectiven und subjectiven Bestande dieselbe ist. Indem Keller für die prätorische und directe Klage gemeinsame Intentio fordert — was aus den Quellen nicht erhellt —, erklärt er also, daß die prätorische Obligation nicht blos subjectiv, sondern auch

objectiv mit der directen Obligation eins ist: kein Zweifel möglich nach S. 443 Note 14 und Civilpr. S. 122 „nicht — — in den objectiven Bedingungen zu erweitern.“ Da ich die subjective Einheit durchweg im Widerspruch mit den Quellen finde (No. I) und gegenseitige Consumtion auch bei verschiedener Intentio schon bei objectiver Einheit eintritt, so fragt es sich jetzt nur, ob denn diese objective Einheit zutreffe. Auch diese muß ich bestreiten und objective Differenz neben der subjectiven behaupten. Daß dies das römische Dogma ist, glaube ich auf S. 422—7 erwiesen zu haben. Es ist doch gar nicht zu bezweifeln, daß der Vater mit der prätorischen Klage haftet „quia (quatenus) praeposuit — iussit“ „quia ad patrem peculium spectat“, während der Sohn haftet, weil er contrahirt hat: jener also bedingt, dieser unbedingt. Wenn Vater und Sohn gleich weit haften, so ist das nur zufällig, nicht wesentlich: nur die objective Einheit als wesentliche entscheidet aber über die Consumtion. Wie nun die gegenseitige Consumtion sich rechtfertigen soll, ist gar nicht abzusehen. Kann die objective Differenz nicht geleugnet werden, so ist zugleich die Verschiedenheit der Intentio nothwendig: und jeglicher Anhalt fehlt für die Annahme gegenseitiger Consumtion. Die Quellen zeugen unwiderleglich dafür; ich habe das hier nur für die Consumtionsfrage zu beweisen.

Auch bei blos objectiver Einheit werden die Bürgen frei, wenn der Hauptschuldner belangt ist und umgekehrt, Keller S. 436. Also müßten die Bürgen, die für den Sohn sich gestellt haben, durch die Peculienklage liberirt werden: der Sohn selber wird ja nach Keller liberirt. Das Gegentheil sagt Proculus in l. 84 D. de solut. 46, 3: egisti de peculio servi nomine cum domino; non esse liberatos fideiussores eius respondit. Sie werden nur und erst frei, fährt er fort, si nummos solvisset: „recte legisti.“ Dasselbe African in l. 38 § 2 D. eod. Dazu unten Note 12. Es sind „fideiussores pro servo (filio) accepti“ gemeint; sind sie pro domino (patre) zu verstehen, was quaestio facti ist, dann freilich werden sie durch die Peculienklage liberirt und sie können peculii nomine nicht mehr haften: denn sie haben ja dann nicht idem

quod filius, sondern idem quod pater dominusve debet versprochen, l. 35 D. de fideiuss. 46, 1. l. 21 § 4 D. de exc. rei iud. 44, 2. Bestimmter kann die objective Differenz sich kaum darstellen, vergl. dazu l. 21 § 2 D. de fideiuss. und l. 5 § 4 D. de liber. leg. 34, 3. Nur verwechsle man damit nicht, daß auch post actionem de peculio dictatam Bürgen noch möglich sind, l. 50 § 2 D. de pec. 15, 1 und l. 8 § 3 D. de fideiuss. 46, 1.

Es ist bekannt, daß wenn der Sohn verklagt und verurtheilt ist, die actio de peculio iudicati gegen den Vater geht. Beachtung verdient, daß dies gilt, der Vater mochte schon ante litem contestatam de peculio belangt werden können oder nicht. Im letzteren Falle mußte man nur sagen: „proinde non originem iudicii spectandam, sed ipsam iudicati velut obligationem.“[11]) Also wo schon ante litem contestatam mit dem Sohne actio de peculio zulässig war, konnte ipsa iudicati velut obligatio nicht die causa der actio de peculio iudicati sein: vielmehr müßte nach Keller durch die directe Klage gegen den Sohn der Vater in diesem Fall liberirt sein, gerade so wie der Bürge, wie der correus, wie der dominus (wenn der defensor den Prozeß übernimmt). Das Gegentheil schreibt Ulpian mit Papinian in l. 3 § 11 D. de pec. 15, 1, mit einer Steigerung des Marcellus „etiam eius actionis nomine ex qua non potuit pater de peculio actionem pati.“ — — „Quare et si quasi defensor (patris) condemnatus sit (filius), idem putat.“ Dazu l. 10 § 3 D. de in rem verso 15, 3.[12]) Dasselbe bestätigt Ulpian in l. 57 D. de iud. 5, 1 — — sed mortuo filio post litis contestationem transfertur iudicium in patrem duntaxat de peculio et quod in rem eius versum est. Dazu auch Böcking a. a. O. S. 172 Note 11. Ist so quellenmäßig constatirt, daß der Vater nicht liberirt werde durch Litiscontestation

11) S. oben Note 7 und S. 424.

12) Keller, Civilpr. S. 250 Note 717. S. 214 Note 612; die Formel für diesen Fall ist von Keller S. 250 vollkommen richtig angegeben. Mir scheint, daß damit er selbst gegen die Unrichtigkeit der Formel im andern Fall aussagt.

des Sohnes, so folgt daß auch umgekehrt der Sohn nicht liberirt werde durch Litiscontestation des Vaters actionis praetoriae nomine: erst Zahlung liberirt. Das sagt doch deutlich l. 32 § 3 D. de usur. 22, 1, dazu meine Abh. S. 23 und l. 5 § 3. 4 D. de liber. leg. 34, 3. Wie hiermit das vorhin bei den Bürgen Bemerkte stimmt, liegt klar vor.

Wir haben also directe Zeugnisse wider die gegenseitige Consumtion. Keller vermag sich überall nur auf l. 32 pr. D. de pec. 15, 1 und auf l. 1 § 24 D. de exerc. act. 14, 1 zu berufen: um dieser Stellen willen gab er der Formel der prätorischen Klagen dieselbe Intentio und hatte nun so „ein sicheres Zeichen gegenseitiger Consumtion" sich geschaffen. Aber vorerst beweist l. 32 pr. durchaus Nichts; diese Stelle gehört nicht hierher, da sie nur von der Consumtion der prätorischen Klagen unter sich spricht, worauf ich unter b. zurückkomme. Dagegen liegt in den Worten der l. 1 § 24 eine directe Bestätigung zwar nicht der Formel Kellers, wohl aber der gegenseitigen Consumtion der directen und prätorischen Klagen: Haec actio ex persona magistri in exercitorem dabitur; et ideo si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest. Sed si quid sit solutum si quidem a magistro, ipso iure minuitur; sed et si ab exercitore, sive suo nomine i. e. propter honorariam obligationem sive magistri nomine solverit, minuetur obligatio quoniam et alius pro me solvendo me liberat. Der erste Satz haec dabitur beweist nicht gegen mich, eher gegen Keller, oben S. 423. Nur der Satz et ideo rel. beweist direct für Keller, freilich nur das einzige Zeugniß. Bekker, process. Consumption S. 241 erwähnt die Stelle in Bezug auf seine Behauptung, daß wo mit der einen Klage ein Theil eingeklagt ist, die andere noch immer auf den Ueberrest gehe. Dem widerspreche freilich diese Stelle; aber „Ulpian denke hierbei nur an den gewöhnlichen Fall, wo die Klage auf das Ganze angestellt ist." Dagegen ist zu bemerken: für den Fall der Theilung (partes peti) würde auch Keller die Consumtion nicht behaupten; der Widerspruch, in dem sich Bekker zu Keller fühlt, ist nur in existimatione non in

28*

re. Ferner aber, und das ist das Wichtigste, ist ein partes peti in unserem Fall nicht denkbar: die Möglichkeit der Theilung, selbst der ideellen, ist nicht vorhanden. Die zufällige Identität des Objects der Haftung nach beiden Klagen darf nicht täuschen: nur daß hier die objective Differenz wesentlich ist, entscheidet. Was verschieden ist, kann nicht getheilt werden: nur was Eins ist, kann in Theile zerlegt werden. So bei den correi, den Bürgen. Diese Analogie schwebt Bekker hier wieder vor, obwohl er sie S. 218 doch mit Anderen aufgegeben zu haben scheint. Damit fällt Bekker's Erklärung; auch haltbar, würde sie für mich doch nicht zeugen, sondern nur für Keller. Aber es gibt einen anderen Weg. Man beachte den grammatischen Bau der Stelle; Härten sind fühlbar. Sodann aber nehme man den Satz Sed si quid sit solutum rel. Zahlt der magister, ipso iure minuitur obligatio; zahlt der Rheder sive suo nomine sive magistri nomine, minuetur obligatio: warum nicht auch dann ipso iure? Also durch Zahlung des magister wird auch der exercitor ipso iure frei; umgekehrt wird der magister durch Zahlung des exercitor nicht ipso iure frei — minuetur obligatio. Ganz gleich wie beim mandator, l. 28 D. mandati 17, 1,[13]) dazu Keller S. 454 Note 5; ganz verschieden beim correus, bei Bürgen, wie bekannt. Wenn nun nicht einmal Zahlung des exercitor ipso iure liberirt, sondern erst Zahlung des magister wie beim mandator: so ist aufs Neue die objective und subjective Differenz der prätorischen Klage bewiesen, so bestimmt wie sie Keller S. 453 beim mandator behaupten mußte. Wenn dies, so „kann auch, wie beim mandator, zwischen diesen beiden Obligationen nicht gegenseitige Consumtion durch Proceß Statt finden." Der Satz sed si quid sit solutum ist eine Beschränkung des Satzes et ideo — agi non

13) Dazu vgl. l. 31 pr. D. de her. pet. 5, 3 und l. 38 § 2 D. de solut. 46, 3; in letzterer Stelle ist der Fall aus l. 31 pr. cit. heraufgezogen und zugleich dasselbe, was l. 1 § 24 bei der exercitoria actio ausführt, für die Peculienklage bezeugt, dazu oben S. 431. Die Entscheidung lautet in all den Stellen fast wörtlich.

potest. Nämlich: nur Zahlung des Ganzen befreit, nicht Litiscontestation; und zwar ist auch das nur mit Unterschied, ob der magister zahlt oder der exercitor. Soweit trotz Litiscontestation und iudicatum nicht gezahlt ist, ist auch der Andre und auch der Bürge dieses Anderen nicht frei; und wenn gleich der exercitor belangt ist und zahlt, so wird doch der magister noch nicht einmal ipso iure frei. Mir scheint, es ist kein Zweifel möglich, wenn[14]) man damit die Stellen in Note 13 und im Text dazu vergleicht; besonders l. 38 § 2. l. 84 D. de solut. 46, 3: die Bürgen pro servo werden nicht frei wenn cum domino peculii nomine actum est; zahlt der Herr, „liberatos esse fideiussores recte legisti", nicht ipso iure also = minuetur obligatio. Es folgt, daß wenn auch der Eine verklagt ist, der Andere noch immer belangt werden kann „in hoc ut quod minus ab uno actor consecutus est alter praestet" l. 32 § 3 D. de usur. 22, 1 vergl. l. 27 § 5 D. mand. 17, 1.

Als der Gesichtspunkt, den man bei Beurtheilung des Verhältnisses der prätorischen und directen Klage einzunehmen hat, kann nun wohl unbedenklich hingestellt werden die Analogie des mandator und des debitor; was Keller hiervon sagt S. 453, gilt auch für unsre Verhältnisse: „es ist somit weder subjective noch objective Einheit der Obligation, viel weniger identische Intentio." Nun wird wohl auch eine Justinianische Reform auf einem verwandten Gebiet noch anders gewürdigt und als bestätigender Rückblick benutzt werden dürfen. Justinian hob die processualische Consumtion bei Bürgen und duo rei auf: „generaliter sancimus quemadmodum in mandatoribus statutum est ut" rel. l. 28 C. de fideiuss. 8, 41. Nichts lag näher, die gegenseitige Consumtion der prätorischen und directen Klage zu beseitigen, wenn sie je Statt gehabt hätte. Schließlich mache ich nur noch darauf aufmerksam, daß auch im Umkreis

14) Bartolus gibt den Inhalt der l. 1 § 24 so an: exerc. et mag. tenentur in solidum; sed unius solutio alium liberat. Accursius bemerkt zu actum est „et exactum totum. nam perceptione non litis contestatione, alius liberatur"; und zu si quid „non totum."

unsrer prätorischen Obligationen die Regreßfrage ganz so wie beim mandator steht. Freilich giebt es kein formelles actionem cedere; aber materiell tritt dasselbe ein, nämlich als deductio von Seiten des Vaters oder als imputatio von Seite des Sohnes (minuitur, augetur peculium): nur fällt jene deductio weg, wo „pater secum debebit compensare.“ Dieses ganze Rechnungsverhältniß ist bisher zum großen Nachtheil völlig außer Acht gelassen. Einiges darüber findet sich erst in meinem sctum Macedonianum S. 32—34. 39. 43. 64. 66 und mehr schon wird darüber wohl klar werden aus meiner Abhandlung S. 28—30. 16. Dazu noch l. 19 § 2. l. 20 D. de pec. const. 13, 5. Genaueres behalte ich mir für eine andre Abhandlung vor.

b) Consumtion der prätorischen Klagen unter einander. Bei Keller und Bekker a. a. O. S. 241, Brinz, krit. Bl. Nr. 4 S. 13 Note 24 und auch anderwärts wird dieser Fall dem ersten gleich gestellt, nicht als ob man beide nicht zu scheiden wüßte, aber man beweist mit dem Einen das Andere. Daß die Consumtion der prätorischen Klagen unter sich bezeugt ist, daß Keller dies unmittelbar im Zusammenhange mit a. vorträgt, hat der Keller'schen Formel und Consumtion unter a. wohl allermeist die allgemeine Aufnahme gesichert. Bestimmt wissen wir, daß tributoria und de peculio actio sich consumiren l. 9 § 1 D. de trib. act. 14, 4, ebenso quod iussu und de peculio actio l. 4 § 5 D. quod cum eo 14, 5, ingleichen de in rem verso und de peculio l. 1 § 12 D. quando de pec. 15, 2. l. 1 § 2 D. de in rem. 15, 3: nach Gaius IV, 74. 75 und § 4. 5. I. quod cum eo 4, 7. müssen auch exercitoria, institoria actio einerseits und de peculio (tributoria, de in rem verso) actio andererseits sich consumiren. Keller S. 435 stellt dies für institoria und tributoria actio in Abrede nach l. 11 § 7 D. de inst. act. 14, 3. Die Stelle sage, daß die beiden Klagen „in ihrer materiellen Grundlage einander so widersprechen, daß die eine niemals begründet sein kann, wo die andere begründet ist.“ Das ist aber unrichtig. Dasselbe müßte gelten für exercitoria und tributoria actio; der Grund

in l. 11 § 7 trifft auch hier „neque enim potest habere locum tributoria in merce dominica." Nach Gaius IV, 74. 75. ist nun aber unzweifelhaft, daß wer mit quod iussu, exercitoria, institoria actio klagen kann, auch mit de peculio und tributoria actio klagen mag wenn er will. Begründet sind sie also, und Consumtion besteht. Ulpian sagt ja auch nur: si institoria recte actum est, tributoria ipso iure locum non habet d. h. wenn der, mit welchem du contrahirtest, wirklich Institor war und du geklagt hast (actum est), dann kannst du nicht noch tributorisch (oder de peculio) klagen; denn es ist consumirt und in re peculiari hast du nicht contrahirt. Daher schließt Ulpian: quod si non fuit institor dominicae mercis, tributoria superest actio. Man vgl. dazu l. 11 § 6 D. eod. und meine Abh. S. 29.

Der Grund dieser Consumtion liegt in der Identität der Intentio; quidquid ob eam rem patrem dare facere oportet, heißt es in der exercitoria wie de peculio actio, auch tributoria.[15]) S. noch meine Abh. S. 24. 41. Daß dies viel Unbilligkeit hatte, ist klar; und hier wurde denn möglichst gelindert. Für meine Darstellung ist es ein gewichtiges Zeugniß, daß alle Milderungen der Consumtionsgrundsätze nur diese prätorischen Klagen unter sich betreffen. Dahin stelle ich l. 13 pr. D. de instit. act. (s. dazu oben Note 9), auch wohl l. 11 § 7 D. eod. — — quod si non fuit rel., sicher l. 4 § 5 D. quod cum eo 14, 4. Keller S. 560 hat diesen Punkt zu wenig berücksichtigt; mehr Bekker S. 307. 309.

---

15) Auch in der tributoria, bemerke ich besonders. Keller schreibt S. 435 „über den Grund der Consumtion von trib. und de pec. actio weiß ich nichts näheres, weil mir die Formel der actio tributoria zur Stunde noch ganz dunkel ist." Ich denke so: In der Formel enthielt die demonstratio Folgendes: servus tuus te non invito mercem peculiarem exercet; dann „quidquid in his mercibus erit quodque inde receptum erit," si dolo malo tuo minus tributum erit: dazu vgl. Gaius IV, 72 und l. 5 § 11. 12. l. 7 § 2. D. de trib. act. 14, 4. Hieran schloß sich die „Intentio," quiquid ob eam rem patrem dare f. oportet. Daraus, weil „non aliter quam dolo interveniente trib. competit", erklärt sich l. 9 § 2. l. 10 eod.; s. m. Abh. S. 27. 38.

Am bedenklichsten zeigte sich diese Consumtion im Kreis der actio de peculio, wenn Mehrere Herren des Sclaven sind und aus demselben negotium dieses Sclaven belangt werden können. Hier ist objective Einheit vorhanden — idem negotium — und subjectiv derselbe Contrahent: die Consumtion war hier drückend und voll Collisionen wie das ganze Peculienverhältniß. Hier wurde allermeist gemildert: diesen Fall betreffen außer den drei vorhin angegebenen alle Stellen, welche das Consumtionsverhältniß der prätorischen Klagen unter sich berühren. Die merkwürdigste Stelle ist l. 32 pr. D. de pec. 15, 1: und diese Stelle führt Keller S. 430 „als den genügendsten Beweis" dafür an, daß die prätorische und directe Klage sich consumiren! Ich muß es noch einmal hervorheben, daß alle Milderungen der Consumtionsgrundsätze nur die prätorischen Klagen unter sich (3 Stellen, s. oben), besonders nur die actio de peculio in diesem bestimmten Umkreis zum Ziel haben (alle anderen Stellen). Alles was Keller S. 430. 31. 544—60 bemerkt, gilt nur der Consumtion der actio de peculio durch sich selber; auch Bekker S. 310—317 hat die Bedeutung dieser Stellen im Gebiet der Consumtion nicht erkannt. Das Genauere darüber s. in meiner Abh. S. 31—43. Nur gelegentlich hier die Bemerkung, daß bloß nach dieser letzten Seite (servus plurium) die Noxalklagen etwa hierher gestellt werden könnten.

III. Die prätorische Obligation als der Correal- und Bürgschaftsobligation coordinirt? Es liegt nahe, unsre prätorischen Obligationen neben der directen gleichzustellen der Correal- und Bürgschaftsobligation. Keller gibt, wie wir sahen, keinen Anlaß dazu: die prätorische Obligation ist ihm subjectiv eins mit der directen Obligation, daher freilich auch objectiv. Es ist also nicht eine einheitliche Obligation, sondern eine einfache, einzelne Obligation; darüber läßt die Keller'sche Formel keinen Zweifel: vom defensor, auf den nur die condemnatio geht, zu sagen, ihn und den dominus umfasse die Einheit einer Obligation, wäre logisch und juristisch falsch. Wer Keller's Formel annimmt,

kann diese prätorische Obligation nicht gleichstellen der Correal-obligation. Keller hat es auch nirgend gethan; und Ribbentrop, Correal-Obligationen S. 12 Note 2, schloß sie mit gutem Rechte aus seiner Untersuchung ganz aus. Spätere, die Keller's Erörterungen immer wiederholen, sprechen gleichwohl auch in unserem Fall von Correalobligation, so v. Vangerow, Leitf. III § 573 Anm. 2 unter 3; v. Savigny, Obligationenrecht I S. 209—15, umfaßte diese prätorischen Klagen wenigstens als „Fälle einer unächten Correalität". Brinz krit. Bl. Nr. 4 S. 13. 24 und Lehrb. der Pand. I. S. 611. 616. gibt zu, daß „dem Gedanken und der Wirkung nach Correalität vorliegt; allein zum Dasein einer förmlichen Correalobligation fehlt es doch an der Identität der Haftungen": dies bewirkt die Defensionspflicht oben Note 2. 6. 7. Neuerdings stellt Kunze, die Obligation S. 239, die actiones adiecticiae qualitatis als accessorische Correalobligationen mit der Bürgschaftsobligation auf eine Linie und erklärt nun „die Consumtion in l. 1 § 24 D. de exerc. act. als ein innerlich nothwendiges Ergebniß eines Princips"; die wörtlich gleichlautende Intentio sei ja nur ein rein äußerliches Moment. Dann aber S. 300: „die intentio ward ex persona praepositi und nur die condemnatio in praeponentem gestellt, die Haftung selbst aber unter den Gesichtspunkt der defensio gebracht"; „dies sei bereits von Brinz angedeutet!" Kunze bringt also eine neue Auffassung, die wir prüfen wollen. Er denkt so: „die prätorische Klage hat den Charakter einer wahren obligatio", also „haben wir es hier mit einer Mehrheit von Obligationen zu thun, denen derselbe Vermögensstoff gemeinsam ist: die Merkmale der Correalität!" Freilich nur eine besondere Art accessorischer Obligation. „An vielen Orten stellen die Römer sie mit der Bürgschaftsobligation zusammen" [16]. Mit dieser Accessionsqualität sei aber ihr Wesen nicht

16) Dafür wird citirt S. 241. l. 5 § 4 D. de liber. leg. 34, 3, doch ein Versehen. Von den anderen Stellen kann nur, mit sehr dürftigem Schein, l. 49 pr. l. 91 § 5 D. de verb. obl. 45, 1 gelten; darüber später. Kunze hat hier Brinz zum Vorgänger, krit. Bl. Nr. 2 S. 12: aber das einzige dort angegebene Citat l. 9 § 8 D. de pec. 15, 1 ist doch auch ein irrthümliches.

erschöpft; sie stehe noch in einem andern besondern Verhältniß zu der Hauptobligation: nämlich S. 299. 300 „Universalrepräsentationsverhältniß". Auch dies Letzte, nicht bloß die Accessionsqualität, soll beweisen l. 91 § 5 cit. (Note 16) „scilicet quasi accessionem intelligens eum qui iubeat"; sogar l. 141 § 7 eod. „adiectio" = solutionis causa adiectus soll dazu verglichen werden. Es ist mir unmöglich, in dieser Combination mich zu recht zu finden. Ist der Vater defensor, überhaupt spricht man von defensio in rem suam, so ist die Behauptung einer Mehrheit von Obligationen nicht zu begreifen; Keller und Ribbentrop sind hier im guten Rechte der Logik. Eben so wenig als nach Keller's Formel ist nach meiner Darstellung eine Gleichstellung der prätorischen Obligationen mit der Correal- oder Bürgschaftsobligation möglich. Die subjective und objective Differenz macht dies unmöglich. Auf den Streit über Einheit der Obligation im objectiven Bestande oder nicht lasse ich mich heute noch nicht ein; an Keller's und Ribbentrop's Meinung halte ich hier noch fest, wenn auch im Ausdruck nicht leicht Einigung erzielt wird; daher mag auch mein Schweigen über das neueste Buch, v. Helmolt die Correal-Obligationen, sich heute entschuldigen. Eben deßhalb rede ich heute darüber in römischen Ausdrücken. Bei duo rei sagen die römischen Juristen „duae species eiusdem potestatis"; „eiusdem potestatis" gibt die „una obligatio" als Abstraction, l. 13 D. de duob. reis 45, 2, l. 5 D. de fideiuss. 46, 1. Darunter meinen die römischen Juristen nie die fideiussoria obligatio, wie aus eben diesen Stellen und l. 3 § 1 D. de duob. reis hervorgeht; auch hier sind duae obligationes, aber nicht eiusdem potestatis: „differentia aliqua obligationum reperitur". Um dieser Differenz willen heißt der fideiussor nicht „reus", sondern „loco rei" l. 4 § 1. l. 27 § 4 D. de fideiuss. 46, 1 [17]); wenn aber „fideiussor in rem suam spopondit, hoc casu fideiussor pro reo accipiendus

---

17) S. dazu Huschke, Gaius. Beitr. S. 71. 77. und Bekker, processf. Consf. S. 222.

est et pactum cum eo factum cum reo factum esse videtur" l. 24 D. de pact. 2, 14. Von der prätorischen Obligation und der directen wird nie gesagt, daß sie „eiusdem potestatis" seien, nie daß der Vater „loco rei" sei. Der Vater ist weder reus im Sinne der duo rei noch loco rei im Sinne der fideiussoria obligatio. Diese Quellenausdrücke werden, so glaube ich, verständlich durch die Formeln in den drei Fällen. Diese Formeln sollen deßhalb hier in der Hauptsache angedeutet werden.

a) Die Formel gegen einen der duo rei: Quod Titius et Sempronius Gaio X in solidum spoponderunt, si paret Titium Gaio X dare oportere. Vgl. dazu Keller S. 441—43.

b) Die Formel gegen den Bürgen: Ea res agatur, quod N[s] N[s] pro L. Titio incertum fide sua esse iussit cuius rei dies fuit. Quod N[s] N[s] pro L. Titio incertum fide sua esse iussit, quidquid paret ob eam rem N[m] N[m] A[o] A[o] dare facere oportere. Vgl. dazu bes. Huschke, Gaius. Beiträge S. 78. 79.

c) Die Formel in unsrem Fall α) directe Klage: Quod A. A. de L. Titio Titii filio incertum stipulatus est, quidquid paret L. Titium A[o] A[o] dare facere oportere. β) prätorische Klage: Quod A. A. de L. Titio Titii filio inc. stipulatus est sive id in peculium ipsius sive in patrimonium patris redactum erit, quidquid paret ob eam rem Titium patrem A[o] A[o] dare facere oportere. Es erklärt sich hiernach leicht, wie man die prätorische Obligation als „quasi accessio" sich veranschaulichen konnte, aber auch daß man den Vater nicht „loco rei" und den fideiussor nicht als reus sich denken durfte. Daher ist auch die Ansicht von Helmolt's, daß wie zwischen Schuldner und Bürgen, so auch zwischen Vater und Sohn Haupt- und Neben-Obligation bestehe, als nicht quellenmäßig werthlos, s. noch oben Note 2. Uebrigens würde diese Ansicht nach Kuntze nichts Neues enthalten.

Auch zeigen diese Formeln, daß in allen drei Fällen oft Gleiches gilt z. B. in Betreff der Exceptionen, nicht minder lassen sie ahnen, wo das Dogma ein verschiedenes sein muß. Daher lesen

wir oft: idem in duobus reis, wo vorher vom fideiussor die Rede war, oder idem in fideiussoris persona, wo vorher der prätorischen Obligation gedacht war, z. B. l. 45 pr. l. 91 § 4. 5 D. de verb. obl. 45, 1. Auffällig, daß in der Consumtionsfrage nie von der obligatio fideiussoria auf die honoraria obligatio hingewiesen wird, sondern nur in Betreff der exceptiones, mora, perpetuatio obligationis. Sehe ich klar, so muß auf dem Wege, den ich hier gegangen bin, nach diesen Seiten sich über die Correal-Bürgschafts- und prätorische Obligation eine bestimmtere Antwort und Erklärung finden als bisher. Doch darüber in einer besonderen Abhandlung, in welcher auch die noxalis actio eine genauere Prüfung erfahren muß als hier beabsichtigt war. —

XIII.

Das Interdictum uti possidetis und die Decretale Licet causam (cap. 9. X. de probationibus.).

Von Dr. Maassen in Innsbruck.

1. Delbrück hat in seiner Schrift „Die dingliche Klage des deutschen Rechts" zu zeigen versucht, daß das Interdictum uti possidetis bei den Glossatoren des römischen Rechts in einer doppelten Function vorkomme, nämlich 1. einen gegenwärtigen Besitz zu schützen, wie bei den Römern, und 2. einen wider den Willen des Besitzers aufgehobenen wieder zu verschaffen, wer auch der Besitzer sei. Das später s. g. Possessorium ordinarium, welches sich auf den ältern Besitz gründe, ein seinem Wesen nach petitorisches Rechtsmittel, „die dingliche Klage des deutschen Rechts," sei demnach den Glossatoren in der Gestalt des Interdictum uti possidetis schon bekannt gewesen.[1])

Das wäre an und für sich nur eine Frage von dogmengeschichtlichem Interesse. Es könnte so oder anders sich verhalten, ohne daß das geltende Recht dadurch berührt würde. Aber das gewonnene Resultat wird in dem genannten Buche zugleich als Folie für eine neue Erklärung des cap. 9. X. *de probationibus* 2. 19. benutzt. Durch diesen Zusammenhang erhält die Frage eine praktische Bedeutung.

1) Delbrück Die dingliche Klage des deutschen Rechts. Leipzig 1857. S. 114. fg.

Das Ergebniß aber, zu dem Delbrück bei seiner Auslegung der bekannten Decretale gelangt ist, bezeichnet er selbst folgendermaßen:

„Das c. 9 bezieht sich auf die dingliche Klage des deutschen Rechts und gewährt für dieselbe einen unbestreitbaren gesetzlichen Anhalt. Dagegen muß die bisherige Beziehung der Stelle auf das Interdict gänzlich aufgegeben werden, und damit die seit Böhmer und Savigny gangbare Erklärung."[2])

Ob dies Ergebniß richtig ist oder nicht, ob wir demnach die seit dem Erscheinen von Savigny's Besitz herrschend gewordene[3]) Ansicht, daß das s. g. Possessorium ordinarium[4]) irrthümlich auf das canonische Recht gegründet sei, aufgeben sollen oder beibehalten, ist die Frage, mit der sich die nachfolgende Untersuchung beschäftigt.

A. Das Interdictum uti possidetis bei den Glossatoren des römischen Rechts.

2. Delbrück geht von folgendem Satze aus: Die Glossatoren hätten die possessio quae solo animo retinetur bei unbeweglichen Sachen keineswegs auf den Besitz des Abwesenden eingeschränkt, vielmehr hätten sie darunter den Besitz eines jeden begriffen, der behaupten konnte, daß er denselben nicht „freiwillig verloren

2) A. a. O. S. 121.

3) Auch Bruns in seinem gelehrten und lehrreichen Buche „Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart" ist dieser Ansicht. M. s. daselbst S. 182. f.

4) Dieser Ausdruck hat bekanntlich eine zwiefache Bedeutung, je nachdem als Gegensatz des ordinarium das summarium in dem Sinne eines bloß über den provisorischen Besitzstand entscheidenden Rechtsmittels, oder des ächten Interdictum uti possidetis, gedacht wird. Hier handelt es sich um die letztere Bedeutung. Das Possessorium ordinarium in diesem Sinne hat nach der früher üblichen Lehre und der sächsischen Praxis, in die es übergegangen ist, allerdings noch andere Voraussetzungen als den ältern Besitz. M. s. Savigny Das R. d. Bes. 6. Aufl. S. 645. fg., Puchta Pandekten §. 133. Note k. Hier interessirt nur das Moment des ältern Besitzes, das Delbrück für den einzigen Grund der Klage hält.

habe."[5]) Sehr richtig bemerkt er, daß mit diesem Satz eigentlich schon alles gegeben sei. Gewiß, nahmen die Glossatoren einmal an, daß, „wenn der ehemalige Besitzer nicht aufgehört hat, noch gegenwärtig Besitzer sein zu wollen, er auch noch jetzt Civilbesitzer, also gegenwärtiger Besitzer ist",[6]) so mußten sie nothwendig das Interdictum uti possidetis zur Wiedererlangung eines jeden wider Willen verlorenen Besitzes geben; denn man hatte ihn ja eben nach ihrer Ansicht nicht verloren, man wurde nur geschützt in dem gegenwärtigen Besitz.

Zu dieser weiten Ausdehnung des Civilbesitzes sei noch eine Präsumtion gekommen, nach welcher jeder jüngere Besitz als ein fehlerhafter vermuthet sei. Von dieser Präsumtion wird erst weiter unten die Rede sein.

3. Nun ist es zuvörderst vollkommen richtig, daß bei den Glossatoren sich häufig die Sätze wiederholen: „solo corpore non amittitur possessio" und: „duo sunt necessaria in amittenda possessione, si incipias a corpore" rel.[7])

Ebenso gewiß aber erkennen sie an, daß durch eigentliche Dejection jeder Besitz, auch der „Civilbesitz", verloren werde.[8])

---

5) S. 105.

6) S. 114.

7) Azo Summa Cod. tit. *de acquir. poss.* 7. 32.: „Item amittitur possessio corpore et animo, vel etiam animo solo, si ab animo incipias. Solo enim corpore non amittitur possessio." — M. s. ferner die bei Delbrück S. 105. Note 16. citirten Stellen der Glosse.

8) Azo l. c.: „In amissione possessionis est differentia inter res mobiles et immobiles. Rei enim mobilis possessio etiam ignorante me amittitur, ut, si fuit surrepta..., immobilis autem ita demum, si fuero dejectus vel suspicatus me posse repelli." — Idem ibid. tit. *ut possidetis* 8. 6.: „Auferri non potest (sc. civilis possessio), nisi expellatur de praedio, vel revertens non admittatur, vel suspicetur se posse repelli." — Glossa in l. 3. §. 6. D. *de acquir. poss.* 41. 2. verb. *tamen possides:* „Civiliter..., donec rediens non admittaris vel repelli suspiceris." — Glossa in l. 6. eod. verb. *non clam*: „Sed quam (*scil. possessionem*) habet vi? Resp. Civilem.... Sed quam civilem habet? Resp. Quam dominus habebat et tunc amittit non admissus." — Casus (Franc. Accurs.) in l. 25. eod.. „possessionem fundi..... non amitto..., nisi me repellat, vel sus-

Nehmen wir nun an, daß in jenen allgemeinen Sätzen in der That das gesagt sei, was Delbrück in ihnen findet: daß zum Verlust des Besitzes an unbeweglichen Sachen stets der animus non possidendi erforderlich sei. Offenbar würde diese Regel gegenüber der Anerkennung, daß die Dejection den Besitzverlust bewirke, eine ganz inhaltlose Abstraction ohne jede reelle Bedeutung sein. Der Besitz an Grundstücken kann, abgesehen von außerordentlichen Naturursachen, corpore gar nicht anders als durch Dejection verloren werden. Die Regel würde also durch diese eine Ausnahme vollständig außer Wirkung gesetzt. Daher würden wir, wo es sich um eine Darstellung der Rechtsdogmen der Glossatoren handelte, gewiß wohl thun, die Ausnahme als die wahre Regel zu bezeichnen, uns erinnernd an den Satz der römischen Jurisprudenz: „non ex regula jus sumatur" rel.

Vielleicht aber ist es garnicht einmal nöthig, hier einen Widerspruch in der Lehre der Glossatoren anzunehmen. Der Besitzverlust durch Handlungen andrer kann nach römischem Recht freilich wider den Willen des Besitzers, aber, abgesehen von dem Fall der Stellvertretung, bei Grundstücken nicht ohne sein Bewußtsein eintreten. Auch dieses für den Besitzverlust erforderliche Bewußtsein bezeichnen die römischen Juristen als animus.[9]) Der Wahnsinnige kann den Besitz an Grundstücken garnicht verlieren, „quia non potest desinere animo possidere."[10]) Wenn nun die Glossatoren sagen, daß corpore allein der Besitz nicht verloren werden könne, so liegt

---

picer, me posse repelli." Wenn es darauf ankäme, so ließen sich diese Belege sehr vermehren. Ich behaupte, daß sich keine Stelle in der Glossatorenliteratur finden wird, in der das Gegentheil gesagt wäre. Bei Azo Summa Cod. tit. *uti possidetis* (Savigny Besitz S. 488. Note 1.): „Dicas, dari interdictum unde vi ratione naturalis possessionis amissae, et datur interdictum uti possidetis propter civilem possessionem" sind die in der Stelle angegebenen Voraussetzungen: A behauptet die Servitut des Usufructus an dem von B besessenen Grundstück und vertreibt mit Rücksicht auf jene den B. Hier soll diesem außer dem Int. de vi auch das Int. u. p. zustehen.

9) M. vgl. Savigny Besitz S. 421. fg., vgl. S. 409.

10) L. 27. D. *de acquir. poss.*

es doch offenbar viel näher, anzunehmen, daß sie diesen animus, das Bewußtsein von der geschehenen Occupation, als daß sie im Widerspruch mit der Lehre des römischen Rechts und ihrer eignen Lehre den animus non possidendi im Sinne haben.[11])

4. Ich wende mich jetzt zur Betrachtung derjenigen Stellen, auf welche Delbrück seine Ansicht über die petitorische Natur des Interdictum uti possidetis bei den Glossatoren speciell begründet.

Aus l. 6. §. 1. D. *de acquir. poss.* 41. 2. wissen wir, daß Labeo im Gegensatz zu der in Justinians Digesten recipirten Lehre der Ansicht war, es könne auch durch heimliche Occupation der Besitz an Grundstücken verloren werden. Auf diese Stelle bezieht sich folgende Glosse aus dem Apparat des Accursius:

> Glossa in l. c. verb. *non clam:* „scil. tantum possidet, ergo vi et clam .... Sed quam habet vi? Resp. Civilem; nam naturalem possessionem habet sine vi, in qua inspicitur origo .., in qua, si diceretur violentia, mutaretur causa possessionis, quod esse non debet. Sed quam civilem habet? Resp. Quam dominus habebat et tunc amittit non admissus. Non ergo prius civiliter possidebat, quia sic haberet duas civiles in eadem re, quod est absurdum. Illud etiam est absurdum, quod eadem sit clandestina et violenta ....: vi et clam opposita sunt ...., nisi dicas: naturaliter clam, civiliter vi, ut hic, vel contra ..... Sed quid, si hic ingressus non admittens dominum non vult civilem? Resp. Non tenetur interdicto *(scil. de vi)*, ut infra tit. III. *Non solum* §. *Si dominus.* Item jam non est quaestio, an pro civili tantum detur interdictum, ut infra

11) Noch eine andre Erklärung dieser Regel giebt der Casus in l. 8. D. *de acquir. poss.*: „Sed dic, duo esse necessaria, si a corpore incipias; nam non sufficit exire de fundo, nisi exiens habeat animum desinendi possidere, et ita hic. Si autem incipias ab animo, tunc unum solum sufficit, scil. animus, et ita ibi." Hiernach wäre mit jener Regel nichts weiter gesagt, als daß man durch die bloße Entfernung vom Grundstück den Besitz nicht verliere, wenn man nicht zugleich auch den Willen habe, den Besitz aufzugeben.

De vi et de vi armata l. I. §. *Sive autem*, sed an nomine naturalis habet aliquod judicium possessorium, qui ad nundinas ivit? Resp. Sic, uti possidetis ...... Hic civilis turbatur per hoc, quod tenetur naturalis. Erit ergo jus hujus interdicti, scil. uti possidetis, quod restituitur naturalis, ut sic non inquietetur in civili. Sicque patet, quod primo debet agi pro civili interdicto unde vi, ut sic agatur uti possidetis. Potest etiam agi rei vindicatione pro illa naturali et forte concurret hoc casu cum uti possidetis, cum non sit contraria rei vindicatio pro naturali et uti possidetis pro civili turbata. Item oppones: Cum interdictum uti possidetis tueatur possidentem, ut infra *Uti possidetis* l. I. §. *Interdictum*, quomodo hunc tuetur? Resp. Et hic civiliter possidentem tuetur, antequam non admittatur. Item et post, ea recuperata, ut dixi. Item et post amissam, si in amissione aliquid coeperit interesse amittentis, ar. infra *Uti possidetis. Si duo* i. f., et facit infra *Ne vis fiat ei* l. I. §. *Haec actio*. Ac."

Zuvörderst ist soviel klar, daß die Glosse in dem Irrthum sich befindet, Ulpian habe die Ansicht Labeo's gutgeheißen. Es sei also in der Digestenstelle zugleich gesagt: 1. daß durch die heimliche Bemächtigung eines Grundstücks in der Person des Occupanten Besitz entstehe, 2. daß durch die Nichtzulassung des rückkehrenden dominus der Occupant violentus possessor werde.

Daran wird folgende Betrachtung geknüpft:

Daß jemand denselben Besitz, den er bisher clam gehabt, jetzt vi habe, sei unmöglich, da für die Qualität des Besitzes es auf den Anfang ankomme. Ebenso sei es absurd, daß jemand denselben Besitz zugleich vi und clam habe, da Gewalt und Heimlichkeit sich ausschlössen. Diese Schwierigkeit löse sich dadurch, daß durch die heimliche Occupation nur die naturalis possessio erworben sei; durch die Nichtzulassung des dominus entstehe erst die civilis possessio, die

bis dahin der dominus gehabt hatte. — Jetzt ergebe sich die Frage nach den Rechtsmitteln. Daß wegen des durch Dejection verlorenen Civilbesitzes das Interdictum de vi zustehe, könne nicht zweifelhaft sein. Fraglich aber erscheine, ob der dominus ein possessorisches Rechtsmittel habe, um die durch heimliche Bemächtigung verlorene naturalis possessio wieder zu erlangen. Allerdings, ist die Antwort, das Inderdictum uti possidetis; denn durch die Vorenthaltung der naturalis possessio werde der Civilbesitz gestört. Wo nun, wie hier, nach der erstern auch der letztre verloren gegangen sei, da müsse mit dem Interdictum de vi zuvörderst die Restitution des Civilbesitzes bewirkt und dann mit dem Interdictum uti possidetis geklagt werden. Uebrigens concurrirten in diesem Falle das genannte Interdict und die Vindication. — Man werde den Einwand erheben, daß das Interdict die Bestimmung habe, den gegenwärtigen Besitz zu schützen. Eine andre Function werde ihm aber auch hier nicht beigelegt; denn das Interdict schütze den Civilbesitzer, entweder 1. vor seiner Nichtzulassung, also, bevor er dejicirt sei, oder 2. nach derselben, wenn er durch das Interdictum de vi den Civilbesitz, aber eben noch nicht den Naturalbesitz wieder erlangt habe, (was jetzt folgt, verstehe ich nicht, wenn nicht statt „post amissam“ zu lesen ist „post admissum“[12]); dann ist der Sinn:) oder 3. nach seiner Zulassung, wenn bei dem Verlust des Naturalbesitzes durch die heimliche Bemächtigung für ihn ein Nachtheil entstanden sei.

5. Offenbar ist in dieser Deduction die ächte Lehre des römischen Rechts nicht wieder zu erkennen. Auch ist sie an sich selbst höchst widersinnig, und muß es sein, da sie das unvereinbare, daß durch

12) „Post“ wäre dann hier, wie kurz vorher, als Adverb gebraucht. — Auf diese Weise hat auch die Beziehung auf l. 1. §. D. *ne vis fiat* 43. 4. allein Sinn. Die Analogie dieser Stelle liegt nun in dem „cum venisset in possessionem.“

die heimliche Bemächtigung Besitz erworben sei und doch durch die Nichtzulassung des dominus gewaltsamer Besitz entstehe, zu vereinigen trachtet. Wenn einmal durch Occupation des Grundstücks eines Abwesenden Besitz entstehen soll, so ist nicht einzusehen, warum dieser Besitz nicht blos in der Beschaffenheit der ihn begründenden Handlung, sondern auch in seiner gegenständlichen Natur sich von dem gewaltsamen Besitz unterscheiden soll, und ebensowenig, worin denn eigentlich hier der Unterschied besteht.[13])

Aber von dem, was Delbrück in dieser Glosse finden will,[14]) enthält sie nichts. Ihr praktisches Ergebniß für das Interdictum uti possidetis läßt sich kurz durch diesen Satz bezeichnen:

> Das Interdict steht zu gegen denjenigen, der sich eines Grundstücks in der Abwesenheit des Besitzers bemächtigt hat.[15])

Die Glossatoren hielten also durch folgende drei Fälle: 1. der rückkehrende Besitzer entfernt auctoritate sua den Occupanten, 2. er weicht der Gewalt, sei es nun bereits zu Thätlichkeiten gekom-

---

13) In der Glosse zu l. 3. pr. D. *uti possidetis* verb. *Si duo* von den Worten „Vel secundo", ebenso in dem Casus des Franciscus Accursii zu derselben Stelle wird bei ähnlichen Voraussetzungen unter dem naturalis possessor der Usufructuar, unter dem civilis der Proprietar verstanden, eine Beziehung dieser Ausdrücke, die sehr häufig vorkommt. (M. vgl. auch oben Note 8. a. E. und unten §. 21. die Glosse des Vincentius Hispanus.) Wäre es gestattet, hier dasselbe anzunehmen, so ließe sich bei den verschiedenen Worten doch mindestens etwas verschiedenes denken. Die Glosse nähme dann an: der heimliche Occupant habe ursprünglich nur den Besitz des Usufructus gewollt, bei der Nichtzulassung des rückkehrenden Besitzers aber den Besitz des Grundstücks selbst. Fast möchte man geneigt sein um des aufgeworfenen Bedenkens willen: „Sed quid, si hic ingressus non admittens dominum non vult civilem?", das anders garnicht zu verstehen ist, diese Beziehung auf den Usufructuar auch hier zu finden. Auf den Verfolg der obigen Erörterung hat übrigens die Entscheidung dieser Frage keinen wesentlichen Einfluß.

14) S. 116.

15) Daß die Glosse, wo auf die heimliche Bemächtigung die Dejection gefolgt ist, nach der Anstellung des Interdictum de vi noch das Interdictum uti possidetis für nöthig hält, betrifft nur die Natur des erstern. Wir finden noch im Commentar des Bartolus zu unsrer Stelle dieselbe Lehre.

men oder aus Furcht der Conflict vermieden, 3. er giebt den Besitz freiwillig auf, — die hier vorhandenen Möglichkeiten nicht erschöpft; sie betrachteten es als coordinirten Fall, wenn 4. der Besitzer garnicht den Versuch macht, ob er admittirt wird oder nicht (antequam non admittatur), sondern sofort das Interdictum uti possidetis anstellt.

Für diese Ansicht ließe sich etwa folgendermaßen argumentiren:

Wenn der dominus den Occupanten sofort mit Gewalt vertreibt, so ist der Besitz niemals verloren gewesen. Nun ist es allerdings möglich, daß, wer die Autorität des Richters anruft, um das auszuführen, was er selbst vornehmen könnte, aus Furcht vor dem Occupanten dazu bestimmt werde. Aber nothwendig ist es nicht, dies Motiv in allen oder auch nur in den meisten Fällen vorauszusetzen. Da nun gewiß nicht gesagt werden kann, daß, wer das Interdictum uti possidetis anstellt, damit zu erkennen gebe, daß er den Besitz freiwillig fahren lasse, so bleibt nichts anders übrig, als daß der Besitz behauptet ist.[16]

Es ist indeß hier nicht die Aufgabe, zu prüfen, ob jene Ansicht der Glossatoren richtig ist. Worauf es ankommt, ist lediglich die Frage, ob das Interdictum uti possidetis hier in einer andern Function als in der eines possessorischen Rechtsmittels erscheint. Und davon kann nicht die Rede sein. Denn, entweder ist die Annahme jenes vierten Falles richtig, dann würde das Interdict in seiner gewöhnlichen Eigenschaft als Klage zum Schutz eines gegenwärtigen Besitzes zur Anwendung kommen, oder sie ist falsch, dann würde das Interdict hier von unserm Standpunkt allerdings eine recuperatorische Wirkung haben; aber doch nur gegenüber dem vitiosen Besitzer selbst; also ganz in derselben Weise, wie diese Wirkung auf Grund von l. 3 pr. D. *uti possidetis* 43. 17. noch jetzt von vielen, ja vielleicht den meisten, angenommen wird.

---

16) Die Glosse stellt mit diesem Fall den andern gleich, wenn der Besitzer des occupirten Grundstücks die rei vindicatio anstellt. Dies berührt unsre Frage nicht.

Wie eigentlich diese Stelle für Delbrücks Ansicht beweisen soll, hat er selbst nicht ausgeführt. Wir können daher nur vermuthen, daß sein Gedanke etwa dieser ist:

> Das Interdictum uti possidetis wird in dieser Glosse zum Schutze des von den Glossatoren s. g. Civilbesitzes gegeben. Da nun die Glossatoren Civilbesitz stets da annahmen, wo der Besitz nicht freiwillig aufgegeben ist, so u. s. w.

Es ist aber oben bereits gezeigt, daß Delbrück ganz irriger Weise annimmt, die Glossatoren hätten dem Begriff des Civilbesitzes in Wirklichkeit diese weite Ausdehnung gegeben und angenommen, daß der Dejicirte noch Besitzer sei. Gesetzt aber auch, Delbrück hätte Recht in diesem Punkt, was, wie bemerkt, entschieden nicht der Fall ist, so ist es doch ganz zweifellos, daß in der vorliegenden Glosse dem Civilbesitz diese Ausdehnung nicht gegeben ist. Um in Delbrücks Sinne dieselbe zu gebrauchen, müßte daher vorausgesetzt werden, daß die Glossatoren das Interdictum uti possidetis auch zum Schutz eines ganz andern Civilbesitzes, als von dem hier die Rede ist, gegeben hätten. Diese Voraussetzung würde aber sicher eine höchst willkürliche sein.

6. In folgender Stelle, meint Delbrück,[17] sei gradezu ausgesprochen, daß das Interdictum uti possidetis auch gegen den dritten Besitzer zustehe:

> Glossa in l. 3. pr. D. *uti possidetis* verb. *vincetur*: „Item, quid si praedium meum possideam civiliter, alius autem, qui neque civilem neque naturalem habet possessionem, tibi vendat et te inducat in possessionem, nonne hoc interdicto vincam? Resp. Ita, ut C. *Quod cum eo.* l. *Si servus.* Idemque et si is, qui tibi vendit, a me clam vel precario vel vi possideret, ut non sit melior suo auctore, ut infra *De reg. jur.* l. *In omnibus offi.* §. *Non debeo.*“

17) S. 117.

Der erste Fall unterscheidet sich von dem der bereits erörterten Glosse zu Grunde liegenden für unsere Frage gar nicht. Der Detentor in fremdem Namen[18]) verkauft das Grundstück an einen dritten und führt ihn in den Besitz ein. Nach der uns bereits bekannten Ansicht der Glossatoren mußte auch hier dem dominus das Interdictum uti possidetis zugestanden werden, da nach l. 12. C. *de acquir. poss.* 7. 32. für die Frage des Besitzverlustes es ganz dasselbe ist, ob jemand in der Abwesenheit des dominus unmittelbar oder durch Vermittlung des treulosen Repräsentanten das Grundstück occupirt.

Dagegen kann es allerdings nicht zweifelhaft sein, daß in dem zweiten Falle, den die Stelle entscheidet, das Interdict gegen den Singularsuccessor, also gegen einen dritten Besitzer, gegeben wird. Der vitiose Besitzer verkauft (und tradirt) die Sache: das Interdict soll hier gegen den Käufer zustehen.

Als Grund wird angegeben: „ut non sit melior suo auctore." Die Glosse setzt also zunächst voraus, daß das Interdict auch gegen den Auctor zustände, wenn er noch besäße. Das ist nichts auffallendes, da, wie bereits erwähnt, es eine noch heutigen Tages keineswegs entschiedene Frage ist, ob nicht dem Interdictum uti possidetis eine recuperatorische Wirkung in diesem Sinne beizulegen sei.

Eine unbestreitbare und zugleich wesentliche Abweichung vom römischen Recht ist aber die Ausdehnung auf den Singularsuccessor. Ist nun damit der Grundsatz, daß das Interdict gegen den dritten Besitzer gehe, nicht implicite anerkannt?

Es ist einleuchtend, daß alles darauf ankommt, aus welchem Grunde die Glossatoren das Interdict hier gegen den Singularsuccessor geben. Dieser Grund könnte möglicherweise in der Stelle

18) Daß hier an einen Repräsentanten im Besitz gedacht sei, wird wahrscheinlich durch die Beziehung auf l. 6. Cod. *quod cum eo* 4. 26., namentlich wenn man die Glosse zu dieser Stelle vergleicht. Nimmt man aber an, daß die obige Glosse nicht einmal Detention bei dem Verkäufer voraussetzt, so ist der Fall dem der Glosse zu l. 6. §. 1. D. *de acquir. poss.* noch gleichartiger.

nicht ausgedrückt sein. Dann wäre die Frage allerdings höchst zweifelhaft; denn das argumentum a contrario: gegen den Singularsuccessor, also gegen keinen andern dritten Besitzer, wäre dann nicht mehr berechtigt als die Annahme, daß hier ein allgemeiner Grundsatz auf einen einzelnen Fall angewandt sei. Glücklicherweise überhebt die Stelle uns dieses Zweifels, da sie den Grund für ihre Entscheidung selbst anführt. Der Singularsuccessor des vitiosen Besitzers soll mit dem Interdictum uti possidetis belangt werden können, „ut non sit melior suo auctore." Um was es sich handelt, ist also nicht eine Anwendung der Regel, deren Existenz durch diese Stelle bewiesen werden soll: daß das Interdict gegen den dritten Besitzer gehe, sondern eine — freilich verkehrte — Anwendung des in l. 175. §. 1. D. *de regulis juris* ausgesprochenen Grundsatzes: „Non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus, a quo jus in me transit."

Die Stelle beweist daher statt für grade umgekehrt gegen Delbrücks Ansicht. Ginge das Interdict gegen den dritten Besitzer als solchen, so bedürfte die Erstreckung auf den Singularsuccessor natürlich keiner besondern Rechtfertigung. Dadurch wird klar, daß diese Erstreckung nicht eine Consequenz, sondern eine Ausnahme von der für die passive Sphäre des Interdicts geltenden Regel bildet.

7. Ich fasse kurz zusammen, was sich im praktischen Resultat für das Interdictum uti possidetis als Lehre der Glossa ordinaria ergiebt:

1) Das Interdict ist bestimmt, den gegenwärtigen Besitz eines Grundstücks zu schützen.
2) Es steht (daher) auch dem Besitzer gegen den heimlichen Occupanten zu.
3) Es hat recuperatorische Wirkung gegenüber dem, welcher vom Gegner vitios besitzt.
4) Es geht selbst gegen den Singularsuccessor des vitiosen Besitzers.

8. Es muß jetzt noch die nach Delbrück von den Glossatoren aufgestellte Präsumtion betrachtet werden, aus deren Verbindung mit ihrem Begriff des Civilbesitzes es eigentlich erst möglich geworden sei, „die dingliche Klage des deutschen Rechts" in das Interdictum uti possidetis hinein zu legen.

Suchen wir uns die Bedeutung dieser Präsumtion für „die dingliche Klage des deutschen Rechts" klar zu machen.

Der „Civilbesitz" an unbeweglichen Sachen — so nahmen nach Delbrück die Glossatoren an — hört nur mit dem Willen des Besitzers auf; so lange dieser nicht aufhört, besitzen zu wollen, hat er das Interdictum uti possidetis gegen jeden, an den die Sache gekommen ist. Nun ergiebt sich die Frage: wer soll beweisen, der Kläger, daß ihm wider seinen Willen der „Naturalbesitz" entzogen sei, oder der Beklagte das Gegentheil? Nach allgemeinen Grundsätzen würde man das erstre annehmen müssen, da der unfreiwillige Verlust an und für sich offenbar zum Grunde der Klage gehört. Der Grund „der dinglichen Klage des deutschen Rechts" ist aber lediglich der ältre Besitz. Damit das Interdictum uti possidetis in der That ein Organ für diese Klage werde, war daher die Aufstellung der Präsumtion erforderlich, daß der jüngere „Naturalbesitz" allemal ein fehlerhafter sei. Nun war es die Sache des Beklagten, den freiwilligen Besitzverlust des Klägers als Einrede vorzubringen.

Irre ich nicht, so ist dies der logische Zusammenhang, in dem nach Delbrück die erwähnte Präsumtion mit „der dinglichen Klage des deutschen Rechts" steht.

Für die Annahme dieser Präsumtion durch die Glossatoren beruft Delbrück [19]) sich auf eine Stelle des Roffredus und auf eine andre von Innocenz IV. Von der letztern wird erst später die Rede sein, da es sich hier nur um die Ansichten der Glossatoren unabhängig von dem cap. 9. handelt.

Die Stelle des Roffredus lautet folgendermaßen:

„Reprobatur quorundam advocatorum opinio, in qua

19) S. 114.

fuit etiam P., quod, si aliquando probo me possedisse rem, quae ad te pervenit, praesumitur me possidere et a te violentiam mihi illatam, nisi probes, qualiter possideas sine vitio."[20])

Delbrück nimmt an, und, wenn die Sigle richtig ist, gewiß mit Recht, daß die von Roffredus reprobirte Ansicht die des Placentinus sei.

Damit diese Stelle in Delbrücks Sinne etwas bewiese, würde erstens erforderlich sein, daß das vorausgesetzte Rechtsmittel wirklich das Interdictum uti possidetis wäre. Viel wahrscheinlicher ist aber, daß hier das Interdictum de vi gemeint ist. Das „possidere" ist lediglich ein Anklang an l. 17. pr. D. *de acquir. poss.*: „Si quis vi de possessione dejectus sit, perinde haberi debet, ac si possideret, cum interdicto de vi recuperandae possessionis facultatem habeat." Daß Placentinus bei der gewaltsamen Entsetzung nicht das Interdictum uti possidetis, sondern das Interdictum de vi gab, erfahren wir aus seiner Summa zum Codex, wo es zum Titel *uti possidetis* heißt: „Item si possides a me ... vi expulsionis, non est locus huic interdicto, sed unde vi." — Es wäre zweitens erforderlich, und das ist die Hauptsache, daß sich die Präsumtion nicht bloß auf die dem Kläger von dem Beklagten angethane Gewalt, sondern allgemein auf den unfreiwilligen Besitzverlust des Klägers bezöge. Delbrück wird uns freilich antworten, daß, was hier von dem Beklagten gesagt sei („praesumitur a te violentiam mihi illatam"), natürlich auch von jedem Zwischenbesitzer als jüngerem Besitzer gelten müsse; und das soll denn auch herzlich gerne zugegeben werden. Aber zu zeigen wäre nun erst, wovon wir weder in der Stelle noch in der ganzen Summa des Placentinus etwas finden, daß das hier gemeinte possessorische Interdict gegen den dritten Besitzer überhaupt für begründet gehalten sei. Bis aber dies ge-

20) Roffred. Tr. jud. de interd. uti poss. n. 4. Ich citire wie Delbrück nach Bruns Besitz S. 118.

schehen ist, wird es gerechtfertigt sein, zu behaupten, daß die Präsumtion „a te violentiam mihi illatam“ nicht bloß ausgeschlossen werde 1. durch den Beweis, daß der Kläger den Besitz freiwillig aufgegeben habe, sondern auch 2. durch den Beweis, daß zwischen den Besitz des Klägers und des Beklagten ein andrer falle, auf welche Weise auch der Kläger den Besitz verloren und der Beklagte ihn erworben habe.

Die hier von Roffredus verworfene Präsumtion ist allerdings exorbitant und mit richtigen Ansichten über die Regeln der Beweislast nicht zu vereinigen. Aber, und darauf kommt es an, der Rechtsgrund der possessorischen Klage bleibt unverändert. Dieser besteht auch hier in der vitiosen Entziehung des Besitzes durch den Beklagten. Was von dem römischen Recht abweicht, ist lediglich die Ansicht über die Beweislast beim Interdictum de vi.

B. Die Decretale Licet causam.

9. Der Zweck der bisherigen Untersuchung war, zu zeigen, daß, wenn das s. g. Possessorium ordinarium in der That auf eine gesetzliche Bestimmung des canonischen Rechts sich gründet, die civilistische Jurisprudenz doch außer jeder Beziehung zu dieser Einführung eines neuen Rechtsmittels steht. Die Glossatoren des römischen Rechts kennen nur die possessorischen Interdicte des corpus juris, mit einzelnen Abweichungen zwar von der ächten römischen Lehre, aber ohne daß in der Natur dieser Rechtsmittel als possessorischer, mithin persönlicher, Klagen etwas verändert wäre. Was die Decretale Innocenz III. in dieser Beziehung geändert hätte, das würde als eine völlig neue Schöpfung zu betrachten sein ohne jeden Zusammenhang mit der Doctrin der Legisten.

10. Wenden wir uns jetzt zu der Decretale *Licet causam* selbst.

Eine Kirche und eine Gemeinde streiten über den Besitz der Hoheitsrechte in einem gewissen Bezirk.

Die Gemeinde hat viele Zeugen beigebracht, um zu beweisen:

„quod homines praedictorum locorum a longis retro temporibus exhibuerunt eis servitia in bannis et placitis, fossatis, collectis et cavalcatis, et quibusdam aliis pertinentibus ad districtum.“

Von diesen Zeugen stimmen aber kaum sechs überein, viele andre widersprechen sich in ihren Aussagen, einzelne stehen mit ihren Aussagen ganz allein.

Die Kirche hat dagegen durch viele tüchtige Zeugen bewiesen: „ecclesiam Ravennatensem villam Luci, S. Potiti et castrum Aureoli a longissimo tempore possedisse cum omni honore, districtu et jurisdictione, nominatim expressis universis articulis exprimentibus jurisdictionem, honorem atque districtum.“

Die Entscheidung lautet folgendermaßen:

„Ex praemissis igitur evidenter apparet, quod ecclesia Ravennatensis per testes numero plures, quibus potius lux veritatis assistit, qui etiam aptiora negotio et vero proximiora in suis testimoniis expresserunt, sufficienter ostendit, quod a LX annis et citra cum omni jurisdictione, honore atque districtu loca supra dicta possedit. Per quod patet, quod si commune Faventiae a L annis citra, sicut videntur testes eorum deponere, aliqua servitia in locis perceperunt supra dictis, illa proculdubio sine justo titulo percipere inceperunt, cum duo insimul eandem rem et eodem modo possidere non possint, maxime cum iidem Faventini justum possessionis titulum non ostendant, et ex privilegiis imperatorum et Romanorum Pontificum ecclesiae Ravennatensi concessis evidentissime colligatur, possessionem ipsius ecclesiae in praedictis locis justam fuisse. Cum ergo constet Faventinos ab eo tempore, quo se possedisse probare contendunt, minus juste ac sine titulo aliqua in praedictis locis temeritate propria occupasse, ac processu temporis per violentiam

extorsisse, sicut per multos testes ecclesiae Ravennatensis manifeste probatur, et oeconomus cjusdem ecclesiae petierit coram nobis, a vi turbativa seu inquietativa super praemissis commune Faventiae prohiberi, nos recognoscentes in hoc casu non sic locum esse interdicto uti possidetis, ut dicere debeamus: *uti possidetis, ita possideatis*, cum probationes ecclesiae longe sint potiores, et ideo sit in interdicto superior, de fratrum nostrorum consilio commune Faventinum sibi condemnamus, super jurisdictione et honore atque districtu et aliis ad hoc generaliter pertinentibus in locis praedictis, quoad possessorium judicium, quo tantummodo actum est, perpetuum silentium imponentes, et prohibentes eidem, ut neque per se, neque alios super his praesumat Ravennatensem ecclesiam aut habitatores praedictorum locorum aliquatenus molestare."[21])

11. Ich schicke der Interpretation dieser Entscheidung eine Bemerkung allgemeiner Natur voraus. Die Interdicte, welche das römische Recht zum Schutz des Besitzes an solchen Grunddienstbarkeiten giebt, deren Ausübung nicht in einer bleibenden Verrichtung, sondern in einzelnen, von einander getrennten Handlungen des Berechtigten besteht, sind sämmtlich interdicta r e t i n e n d a e possessionis. Diese Erscheinung hat ihren Grund in der besondern Natur dieser Rechte, vermöge deren eine eigentliche Dejection bei ihnen gar nicht denkbar ist —: „nec de via quis, id est mero jure, detruditur."[22]) Dasselbe muß aber auch von den verwandten Rechten des canonischen und deutschen Rechts gelten. Auch bei ihnen ist eine Gränze zwischen bloßer Besitzstörung und gänzlicher Aufhebung des fremden Besitzes in den meisten Fällen garnicht zu ziehen. Wenn man diesen Gesichtspunkt festhält, bietet die Auslegung der Decretale, wie mir scheint, keine erhebliche Schwierigkeit.

---

21) Der Text ist nach Richter.

22) l. 4. § 27. D. *de usurp*. 41. 3. M. vgl. Savigny Besitz S. 586. fg.

Die Kirche hat nachgewiesen, daß sie seit 60 Jahren Hoheitsrechte ausgeübt hat, die Gemeinde die Ausübung einzelner Hoheitsrechte in den letzten 50 Jahren. Bis vor 50 Jahren hat also die Kirche mit Gewißheit besessen — denn, daß ihr vor dieser Zeit ein andrer den Besitz streitig gemacht hätte, liegt nicht vor —; von da an können, weil possessio plurium in solidum unmöglich ist, die Handlungen des einen Theils schlechterdings nicht wahre Besitzhandlungen, sondern nur Störungen eines fremden Besitzes gewesen sein. Es fragt sich, von welchem Theil dies gelten solle?

Diese Frage wird sich am besten beantworten lassen, wenn wir sie so stellen: Was könnte der Kirche noch zum Beweise auferlegt werden? Sie hat bewiesen, daß sie zu einer Zeit gewiß besessen, und daß sie seit dieser Zeit bis auf den heutigen Tag Handlungen vorgenommen hat, die als wahre Besitzhandlungen gelten müssen, wenn nicht die Gemeinde inzwischen den Besitz erlangt hatte. Soll die Kirche die Negative, daß die Continuität ihrer spätern Handlungen mit dem frühern Besitz nicht unterbrochen sei, auch noch beweisen?

Das würde gegen alle Regeln über die Beweislast streiten.

Bis daher die Gemeinde den Erwerb eines spätern Besitzes darthut, dessen Fortsetzung die von ihr nachgewiesenen Handlungen sein könnten, wird die Continuität der von der Kirche nachgewiesenen Handlungen mit ihrem einmal gewiß vorhandenen Besitz angenommen werden müssen.

Dieser Erwerb der Gemeinde könnte bewirkt sein entweder 1. durch einseitige Besitzergreifung. Daß aber durch die von der Gemeinde nachgewiesenen einseitigen Handlungen der Erwerb des Besitzes nicht erwiesen sei, ist grade die Voraussetzung. Ueberdies würde wegen der exceptio vitiosae possessionis dieser Nachweis der Gemeinde nichts helfen. Oder 2. durch Tradition, namentlich in Folge eines der Gemeinde zustehenden Titels. Die Gemeinde hat einen solchen Erwerb nicht nachgewiesen. Er ist überdies unwahrscheinlich, da wohl die Kirche, nicht aber die Gemeinde Privilegien der Kaiser und der Päpste hat.

Der durch die Kirche geführte Beweis ihres gegenwärtigen Besitzes ist demnach nicht außer Kraft gesetzt. Die von der Gemeinde vorgenommenen Einwirkungen sind nichts als Störungen eines bestehenden Besitzes gewesen.

Mithin war die Kirche in possessorio lediglich zu verurtheilen.

12. Außer den eben erörterten Entscheidungsgründen wird noch angeführt, daß die Kirche mehr und bessere Zeugen beigebracht habe, auch die Aussagen derselben zweckdienlicher und wahrscheinlicher seien, als die der gegnerischen Zeugen.

In welchem Verhältniß diese Umstände zur Entscheidung stehen, ob sie lediglich als adminiculirende Gründe gelten sollen, oder ob sie den nächsten Entscheidungsgrund bilden, so daß die ganze übrige Ausführung nur eventuell in Betracht käme, oder ob endlich das umgekehrte Verhältniß statt findet, ist für unsere Frage ohne Erheblichkeit.

Es kommt für uns lediglich darauf an, daß den materiellen Grund der Entscheidung auch hier der gegenwärtige Besitz der Kirche bildet.

13. Einen ganz andern Entscheidungsgrund findet Delbrück[23]) in dieser Stelle.

> „Auch darüber, aus welchem Grunde die Kirche den Sieg davon trug, bleiben wir nicht in Zweifel. Ostendit, quod a LX annis et citra possedit, während die Gemeinde erst seit 50 Jahren Besitzhandlungen ausgeübt hatte. Also der ältere Besitz bildet den Entscheidungsgrund."

Ein merkwürdiger Trugschluß!

Delbrück übersieht, daß, wer seit 60 Jahren Besitzhandlungen ausgeübt hat, nothwendig das gleiche auch seit 50 Jahren gethan hat.

Für die letzten 50 Jahre steht also mindestens Beweis gegen Beweis. Die Gemeinde hat nicht für einen einzigen Moment bewiesen, daß sie besessen. Die Kirche hat aber gezeigt, daß sie jedenfalls bis vor 50 Jahren besessen. Dadurch wird ein

23) S. 120.

Schluß auf die Qualität ihrer spätern Handlungen begründet, der allerdings durch einen Gegenbeweis hätte entkräftet werden können, aber nicht entkräftet ist.

Mithin bildet nicht der ältre Besitz den Entscheidungsgrund; denn der ältre setzt einen jüngern, und dieser Besitz überhaupt voraus. Den Entscheidungsgrund bildet vielmehr der, wie vor 60 Jahren, so noch heute, bestehende Besitz der Kirche.

Nicht weil die Kirche **vor** x Jahren, sondern weil sie **seit** x Jahren besessen, hat sie obtinirt. In der Verwechslung dieser beiden Präpositionen liegt der Schlüssel zu Delbrücks ganzem Mißverständniß.

14. Das Argument, welches Delbrück[24]) aus den Eingangsworten der Decretale:

> „Licet causam, quae vertitur inter ecclesiam .. et commune super jurisdictione ....., quod de jure ad se spectare dicta ecclesia proponebat" rel.,

für die petitorische Natur des Rechtsstreites schöpfen will, ist schwach. Es ist eine alte Regel, daß nicht aus jedem von den Parteien in ihren Vorträgen gebrauchten Ausdruck auf die Natur des Rechtsstreits geschlossen werden dürfe.

Dagegen will Delbrück auf die Worte der Entscheidung:

> „locum esse interdicto uti possidetis",

und

> „quoad possessorium, de quo tantummodo actum est",

kein Gewicht legen; denn

> „wir haben bereits gesehen, daß das Interdict eine doppelte Function hatte und ebensowohl für Besitzklagen als für dingliche Klagen dienen mußte."

Den Beweis für das Bestehen dieser doppelten Function hat aber Delbrück eben nicht geliefert.

---

24) S. 119.

Wenn etwas aus dem Ausdruck „de jure ad se spectare" gefolgert werden soll, so könnte dies nur sein, daß der Antrag auf Anerkennung des Rechts gerichtet war. Dann würde eine eigentliche Vindication vorliegen, die denn doch sicherlich vom Papst nicht als possessorium bezeichnet werden könnte. Und so folgt eben nichts aus ihnen.

Wie hätte, wenn es sich hier nicht um das ächte Interdictum uti possidetis zum Schutze eines gegenwärtigen Besitzes, sondern um eine petitorische Klage gehandelt hätte, der Papst auch nur auf den Gedanken kommen können, daß das Urtheil möglicherweise: *uti possidetis, ita possideatis* lauten könne, eine Fassung, welche manche Juristen jener Zeit dann für gerechtfertigt hielten, wenn die über den gegenwärtigen fehlerfreien Besitz geführten Beweise auf beiden Seiten gleich waren.[25]) Allerdings verwirft der Papst diese Fassung; aber nicht etwa deshalb, weil hier eine petitorische Klage aus dem ältern Besitz angestellt sei — was er nothwendig hätte müssen, wenn Delbrücks Ansicht richtig wäre —, sondern weil die von der Kirche geführten Beweise gewichtiger seien.

C. Die Glossatoren des canonischen Rechts.

15. Die Decretale *Licet causam* hat also in den Grundlagen des Interdictum uti possidetis nichts verändert. Sie stützt ihre Entscheidung zu Gunsten des klagenden Theiles auf den gegenwärtigen Besitz desselben. Wenn spätere Schriftsteller die Einführung eines neuen, dem römischen Recht unbekannten Rechtsmittels in ihr haben finden wollen, so ist dies lediglich aus dem Bestreben zu erklären, die eigne Doctrin gesetzlich zu begründen.

Es ist jetzt noch zu zeigen, daß die Ansichten der Glossatoren des canonischen Rechts über das Interdict und über das Verhältniß der Decretale zu demselben mit der obigen Darstellung ganz im Einklang sind. Ist ihr Zeugniß gleich nicht entscheidend über

25) M. vgl. Bruns Besitz S. 182. fg. und unten §. 21. die Glosse des Vincentius a. E.

Sinn und Absicht der Decretale, so dient es doch zur Befestigung des gewonnenen Resultats.

Ganz im Gegensatz hiermit behauptet Delbrück, daß es seine Auffassung sei, welche in der unmittelbar der Decretale nachfolgenden Theorie eine entschiedene Stütze finde.[26]) Ob mit Recht, wird sich zeigen.

16. Delbrück beruft sich zuvörderst auf die Glossa ordinaria zu unsrer Decretale. Er führt folgendes Bruchstück aus der Glosse zu den Worten *uti possidetis* an:

> „Redditur hoc interdictum inter duos possidentes, unum civiliter, alterum naturaliter."

Wenn wir uns an den nach Delbrück von den Glossatoren aufgestellten Begriff der civilis possessio erinnern, und diese Anführung in dem Zusammenhange, in dem sie gemacht wird, nicht ohne allen Sinn sein soll, so ist ihre Beziehung klar. Der „civiliter possidens" ist der nach römischen Begriffen ehemalige Besitzer, der den Besitz wider Willen verloren hat, der „naturaliter possidens" der gegenwärtige. So wäre also der Beweis geführt, daß das Interdict auch nach der Theorie der Canonisten sich auf den ältern Besitz gründet.

Vergleichen wir nun aber die Glosse selbst, so heißt es hier:

> „Redditur hoc interdictum inter duos possidentes, unum civiliter, alterum naturaliter, ut fructuarius et proprietarius."

Durch die hier gegebene Erklärung jener Ausdrücke[27]) gewinnt die Sache eine ganz andre Gestalt. Niemand wird behaupten wollen, daß in diesem Zusammenhange überhaupt etwas von dem rö-

26) S. 122.

27) Daß unter dem civiliter possidens der Proprietar und unter dem naturaliter possidens der Fructuar gemeint sei, kann trotz der Umstellung nicht zweifelhaft sein. — In der Innsbrucker Hs. Nr. 70. heißt es nach „naturaliter" weiter: „naturaliter ut fructuarius et civiliter ut proprietarius." — Die Glosse, der dies Bruchstück entlehnt ist, hat den Laurentius, den Lehrer des Tancred, zum Verfasser. Sie steht auch in dem Apparat des letztern zur Comp. III. (Cod. Bamb. P. II. 6.), hier mit der Sigle La.

mischen Recht abweichendes gesagt, geschweige, daß das Interdictum uti possidetis auf den ältern Besitz gegründet sei. Daß dem Proprietar aus dem Besitz der Sache gegen den Usufructuar und diesem aus dem Besitz des Rechts utiliter gegen jenen — die Verletzung vorausgesetzt — das Interdictum uti possidetis zustehe, ist ein im römischen Recht vollkommen begründeter Satz.[28])

17. Weit entschiedener als die Glosse seien aber schon die beiden großen Commentatoren Innocenz IV. und Hostiensis aufgetreten. Beide hätten entschieden hervorgehoben, daß der ältre Besitz den Ausschlag gebe. — Da sich auf der hiesigen Bibliothek die Lectura (nur die Summa) des letztern nicht befindet, so kann ich nur den Apparat von Innocenz[29]) berücksichtigen. In den von Delbrück angeführten Stellen[30]) stimmen indeß beide fast wörtlich überein; und so scheint, was für den einen gilt, auch auf den andern Anwendung finden zu müssen.

Ich gestehe aufrichtig, daß es mir völlig unbegreiflich ist, wie Delbrück in der Ausführung von Innocenz IV. auch nur einen Augenblick etwas andres hat finden können, als die unzweifelhafteste Anerkennung, daß das Interdictum uti possidetis eine possessorische Klage sei, deren Grund der gegenwärtige Besitz bilde.

Folgende Aeußerungen über die Natur der Klage scheinen mir deutlich genug:

> Innocent. in cap. cit.: „Sed dices: et si vi vel clam possidebat commune, tamen, quia possidet, non debet habere locum uti possidetis contra ipsum, quia tunc

---

28) L. 4. D. *uti possidetis*: „si alter usumfructum, alter possessionem sibi defendat." M. vgl. Savigny Bes. S. 327., 581., 139. — Rudorff i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. XI. B. 1842. S. 343.

29) Der Text der Straßburger Ausgabe von 1478. ist sehr incorrect. Ich habe für die hier abgedruckten Stellen außerdem verglichen Venet. 1481. und Venet. 1495. — In der erstgenannten (Straßburger) Ausgabe ist, wie hier beiläufig zu Savigny G. d. r. R. i. M. A. B. 6. S. 243. bemerkt sei, ein Abdruck von dem Repertorium des Baldus, „quod quidem repertorium Baldi Margarita proprie nuncupatur vel Innocentianus."

30) S. 123.

locum tantum habere videtur, quando se tantum et non adversarium dicit possidere... Responsio: Imo locum habet tantum uti possidetis, quia actor non dicit se expulsum, sed turbari tantum. Si autem expulsus esset, competeret interdictum unde vi."

Und weiter unten:

„Ubi interdictum uti possidetis intentatur contra eum, qui invenitur non possidere vel male possidere ab adversario ...., debet (scil. judex) condemnare molestatorem et imponere ei silentium ... Si autem, qui egit uti possidetis, inveniatur non possidere, vel reus melius probet, se possidere, absolvitur reus."

18. Für das richtige Verständniß des Commentars von Innocenz zu unsrer Decretale ist es nothwendig, zu wissen, daß der größte Theil der Ausführung über die materielle Frage sich gar nicht unmittelbar auf den Fall der Decretale, sondern auf die Hypothese bezieht, daß die Gemeinde nicht den Besitz der ganzen Jurisdiction u. s. w., sondern nur diejenigen einzelnen Rechte geltend mache, deren Ausübung sie bewiesen habe.

Hier, bemerkt Innocenz, finde die Regel, daß ein Besitz mehrerer in solidum nicht möglich sei, ja keine Anwendung;

„nam cum de iisdem servitiis non dixerint, uterque debet habere, quod probat."

Aber die Gemeinde würde auch in diesem Falle, wenn gleich aus einem andern Grunde, unterlegen haben:

„Sed ad hoc, quod Faventini servitia non habeant, facit probatio antiquioris temporis recepta pro ecclesia ...., vel quia fundata est intentio ecclesiae. Si ergo commune post probat, se in iisdem locis aliqua servitia percepisse, praesumitur, quod possederit clam."

Dies ist die Stelle, welche Delbrück anführt, um zu zeigen, daß auch Innocenz die von Roffredus verworfene Präsumtiom

aus dem ältern Besitz auf die Fehlerhaftigkeit des jüngern angenommen habe.[31])

Der von dem Glossator vorausgesetzte Fall ist dieser: A hat den Besitz einer unbeweglichen Sache,[32]) an der B den Besitz eines Rechts erlangt. A stellt das Interdictum uti possidetis an. Hier soll B beweisen, daß er den Besitz mit Wissen des A erworben habe. Mithin ist garnicht von einem Streit zwischen dem ältern und jüngern Besitzer der Sache, sondern von einem Streit zwischen dem Besitzer der Sache und dem Besitzer eines Rechts an der Sache die Rede. Daher ist denn klar, daß weder an eine Präsumtion noch an eine Klage gegen den dritten Besitzer gedacht ist, da der Begriff eines dritten Besitzers hier überhaupt wegfällt.

Aber auch in dieser Beschränkung wird hier von Innocenz keineswegs eine Präsumtion auf den vitiosen Besitz als solchen angenommen. Er fährt nämlich unmittelbar nach den angeführten Worten so fort:

> „nisi probet, quod ecclesia sciverit commune possidere ....; nam, qui scientiam allegat, eam probare debet ... Sed et si probaverit scientiam ecclesiae et ecclesia contra probet, quod statim, postquam sciverit, verbo vel alio modo contradixit, vi ab ea possidere videtur.“

Es handelt sich also lediglich um eine Anwendung der von Innocenz angenommenen allgemeinen Regel: qui scientiam allegat, eam probare debet, nicht aber um eine Präsumtion auf den vitiosen Besitz als solchen.[33])

---

31) S. 114. M. s. o. §. 8.

32) Innocenz vergleicht weiter unten selbst den Besitz an den gesammtrn Hoheitsrechten mit dem Besitz einer Sache und den abgesonderten Besitz eines einzelnen dazu gehörigen Rechts mit dem Besitz einer Servitut: „puta, quia aliqua servitia quasi servitutem haberet in jurisdictione.“ Uns ist die Vorstellung des Sachenbesitzes und Servitutenbesitzes geläufiger. Darum habe ich den Fall so gedacht.

33) Weiter unten wird freilich die Präsumtion auch auf die vis ausgedehnt; als Grund wird angeführt: „cum omnis res praesumatur libera.“ Für Delbrücks Ansicht ist weder in jenem noch in diesem Falle etwas bewiesen.

Besondres Gewicht legt Delbrück darauf, daß Innocenz auch das Interdictum de vi für zulässig erklärt. Was könnte denn auch wohl mehr beweisen, daß Innocenz nicht bei der Kirche, sondern bei der Gemeinde den gegenwärtigen Besitz annimmt?

Delbrück hat aber übersehen, daß es sich noch immer um die Hypothese handelt: die Gemeinde habe nur den Besitz eines einzelnen Rechts behauptet und bewiesen. Nachdem Innocenz weitläufig ausgeführt hat, daß in solchem Falle das Interdictum uti possidetis deshalb zustehen würde, weil durch die vitiose Ausübung einzelner servitia der Besitz der gesammner Hoheitsrechte gestört werde,

„quia actor non dicit se expulsum, sed turbari tantum,“ heißt es weiter:

> „Et posset hic dici, licet jure non probetur, et adjici his, quae superius dicta sunt, quod hic competeret interdictum unde vi .... ad recuperandum jus illud servitiorum ...., et interdictum uti possidetis ratione vis turbativae, quam sibi fecit commune super jurisdictione etc., quae possidebat ecclesia.“

Die Meinung ist also die, daß, was vom Standpunkt der Hoheitsrechte in ihrer Totalität eine Störung des Besitzes sei, die vitiose Ausübung der einzelnen servitia, vom Standpunkt der letztern als eine Aufhebung des Besitzes erscheine; in erstrer Rücksicht stehe daher das Interdictum uti possidetis, ein Interd. retinendae possessionis, in letztrer das Interdictum unde vi, ein recuperatorisches Rechtsmittel, zu. Daß das Interdictum unde vi auch bei analoger Anwendung desselben auf den Besitz von solchen Rechten, die im canonischen Recht begründet sind, nach römischem Recht in einem solchen Falle nicht zulässig wäre*), ist hier gleichgültig. Es betrifft dies nur das Interdictum unde vi, nicht das Interdictum uti possidetis.

---

*) Innocenz sagt selbst: „licet jure non probetur.“

19. Die ganze bisherige Untersuchung von Innocenz bezieht sich auf die Voraussetzung,

„uti petitur in libello, quod commune cessaret ab inquietatione ecclesiae in servitiis exigendis ... et commune tantum de servitiis quaestionem referebat.“

In der That aber handle es sich um einen Streit über den Besitz der gesammten Hoheitsrechte:

„Commune non servitiorum, sed jurisdictionis, honoris et districtus quaestionem movebat.“

Hier finde der Grundsatz, daß eine possessio plurium in solidum nicht Statt finden könne, Anwendung,

„et ideo meliores probationes et de antiquiore tempore praevalere.“

Daß Delbrück auch hier in der „probatio de antiquiore tempore“ den Beweis des ältern Besitzes findet, dem gegenüberstehend dann der jüngere Besitz der Gemeinde zu denken sei, ist bei seiner Auslegung der Decretale sehr begreiflich. Die Irrthümlichkeit dieser Ansicht ergiebt sich aus der richtigen Interpretation der Decretale von selbst.

20. Aber ist nicht dennoch den Commentatoren „der Gesichtspunkt des Petitoriums nahe getreten?“ Es muß auch dies noch berührt werden.

„Innocenz bemerkt, daß die Kirche die negatoria habe anstellen können und Hostiensis sagt zu den Worten des Textes *ad se spectare*: per hoc videtur petitorium intentare, sed contrarium est, quia solum possessorium intentavit.“ 34)

Das erstre ist entschieden falsch. Die Beziehung, in welcher Innocenz der negatoria gedenkt, ist diese:

„Si autem commune retulisset tantum quaestionem alicujus juris, quod dicit se habere in jurisdictione...., puta, quia aliqua servitia quasi servitutem haberet in jurisdictione, sed jurisdictionem bene confiteretur ecclesiae, tunc, si non male in possessione esset com-

34) Delbrück S. 123. fg.

mune illius juris, intentabat ecclesia negatoriam, sed in interdicto succumberet ecclesia, quod tuetur solummodo [35]) possessorem."

Also: wenn die Gemeinde den fehlerfreien Besitz von Quasiservitutrechten an der Jurisdiction u. s. w. behauptet und bewiesen hätte, im übrigen aber den Besitz der Kirche unangefochten ließe, dann, sagt Innocenz, würde dieser nichts andres übrig geblieben sein, als die negatoria anzustellen. Innocenz sagt nicht, daß die Kirche **auch** in dem Falle der Decretale, sondern, daß sie in einem ganz andern Falle **nur** von der negatoria habe Gebrauch machen können.

Das scheint mir deutlich genug, um jede Möglichkeit eines Mißverständnisses auszuschließen.

Was aber die angeführten Worte des Hostiensis betrifft, so ist gewiß, daß, wenn der „Gesichtspunkt des Petitoriums" Delbrück nicht näher getreten wäre, als dem Hostiensis hier, die in der obigen Ausführung vertretene Ansicht das Glück haben würde, im besten Einklang mit der seinigen zu stehen.

21. Zum Schlusse möge eine ungedruckte Glosse zu unsrer Decretale aus dem Apparat des Vincentius zur Compilatio III. folgen. Vincentius ist ein jüngerer Zeitgenosse von Innocenz III., in dessen Regierungszeit die Decretale fällt. Er hat zuerst die vier alten Compilationen, dann Gregors IX. Decretalensammlung glossirt. Sein Lehrer im Civilrecht war Accursius. [36])

Diese Glosse ist ganz geeignet, über die Theorie der mit der Decretale *Licet causam* gleichzeitigen Canonisten zu orientiren.

Glossa in c. 4. Comp. III. *de probationibus* verb. *uti possidetis* [37]): „De hoc interdicto uti possidetis videa-

---

35) Wo bleibt hier die petitorische Function des Interdictum uti possidetis?

36) Cf. Sarti P. I. p. 332. sq.

37) Cod. Bamb. P. II. 7. fol. membr. saec. XIV. 180 Blätter. Die Comp. III. mit dem Apparat des Vincentius steht fol. 99—180. Die Vorrede zum Apparat ist nach einer Leipziger Hs. größtentheils bereits gedruckt

mus, pro quibus rebus detur, quibus detur, contra quos detur, et qualiter in eo sententietur. Datur autem pro rebus immobilibus; utrubi habet locum in rebus mobilibus; et habet etiam locum uti possidetis pro juribus competentibus ex rebus immobilibus, ff. *de servitutibus. Quoties* [38]). — Sequitur, quibus detur. Datur autem possidenti, tam civiliter et naturaliter, vel naturaliter tantum, ut usufructuario, ff. *uti possidetis* l. ult., unde non competit creditori vel ei, qui est in possessione causa rei servandae, si inquietatur ab aliquo, ff. e. *Si duo.* §. *Creditores* [39]), quia et, si expellerentur, non competeret iis interdictum unde vi, supra *de dolo et contumacia* c. I. [40]) et supra *de prohibita sequestratione* c. I. l. e. [41]) — Sequitur, contra quem detur. Dico, quod contra illum, qui non permittit me possidentem excolere, reficere, vel similia facere, quia, si me expelleret vel non reciperet venientem, tunc daretur interdictum unde vi. — Sequitur, qualiter debeat sententiari in hoc interdicto, et hic nota casuum diversitatem. Ubi possidens inquietatur a non possidente, planum est, quia superior est ille, qui possidet, in hoc interdicto, et vincitur reus. Si vero ego, qui possideo, intento uti possidetis contra illum, qui a me vel vi vel clam possidet, pronuntiabit me judex possidere, ut possideo, et condemnabit adversarium ad aestimationem possessionis, ff. e. l. I. et l. penult., et secundum hoc possidens vincit ut actor,

---

bei Richter De inedita Decretalium coll. Lips. comm. 1836. p. 36. Not. 19. In der Bamberger Hs. ist der Name *Vincentius* ausgeschrieben.

38) l. 20. D. *de servitutibus*. 8. 1.

39) l. 3. §. 8. D. *uti possidetis*. 43. 17.

40) c. 1. Comp. I. *de dolo et contumacia*. 2. 10. (c. 1. X. eod. tit. 2. 14.)

41) c. un. Comp. III. *de sequestratione possessionum*. 2. 9. (c. 1. X. eod. tit. 2. 17.)

quia expellitur adversarius, et vincit ut reus, quia nihil perdit de his, quae tenet. Si vero possidens intentat hoc interdictum contra eum, qui ab alio possidet vel vi vel clam vel precario, utpote cum illo, qui intravit possessionem et expulit usufructuarium nolens mihi auferre meam civilem possessionem, ita sententiabit judex (non confuse, scil. *uti possidetis, ita possideatis*, sed sic): *uti possides tu civiliter, ita possideas, et uti tu naturaliter, ita possideas*, ff. e. l. I. et C. e. l. I.[42]) et secundum hoc uterque vincitur ut actor, quia non evincit adversarium, et uterque vincit ut reus, quia nihil perdit de his, quae tenebat.[43]) Si vero ego contendo, me possidere civiliter et naturaliter in solidum, et tu similiter, obtinet interdictum in hoc, qui melius probat, ut in hoc c. Si vero pariter probant per omnia, propter impossibilitatem et incertitudinem quidam dixerunt judicem non sententiaturum. Innuitur tamen hic, quod, si pares essent probationes, ita debeat sententiari: *uti possidetis, ita possideatis*[44]), et forte verum est, ut dicat, *possideat uterque medietatem pro indiviso, donec cognoscatur de proprietate.*"[45])

Schluß.

22. Die geführte Untersuchung hat ergeben:

1. daß bei den Glossatoren des römischen Rechts von einer dop-

42) l. 1. Cod. *uti possidetis.* 8. 6.

43) Cf. Azo Summa Cod. tit. *uti possidetis*: Sequitur, qualiter quis ab alio possideat vi vel clam vel precario. Et certe, si fructuarius, qui habet naturalem possessionem, dejiciatur ab alio, qui se fructuarium dicebat, dominus proprietatis contra dejicientem non potest intendere interdictum unde vi, quia sibi nulla possessio est ablata. Item si intendat interdictum uti possidetis, non vincet, quia hic violentus possessor vi ab eo non possidet. Pronuntiabit ergo judex: *uti possidetis, ita possideatis.*"

44) M. vgl. oben §. 14.

45) M. vgl. Bruns Besitz S. 183.

pelten Function des Interdictum uti possidetis, einer possessorischen und einer petitorischen, nichts zu finden ist,

2. daß das cap. 9. X. *de probationibus* an der Natur des Interdictum uti possidetis als eines auf den Schutz des gegenwärtigen Besitzes gerichteten Rechtsmittels nichts geändert hat,
3. daß die Glossatoren des canonischen Rechts ganz derselben Ansicht sind.

Das gewonnene Resultat ist somit in allen Punkten der in dem Buche „Die dingliche Klage des deutschen Rechts" über diese Frage entwickelten Ansicht gradezu entgegengesetzt.

In dem genannten Buche ist übrigens dieser Gegenstand in einem viel größern Zusammenhang erörtert. Das Interdictum uti possidetis in der ihm beigelegten petitorischen Function wäre hiernach nur eine unter den verschiedenen Erscheinungsformen einer seit den Zeiten des Mittelalters sich geltend machenden Rechtsidee.

Dem Verfasser der obigen Bemerkungen hat es indeß geschienen, daß die Unbefangenheit der Betrachtung nicht darunter leiden werde, wenn außerhalb dieses Zusammenhangs die positiven Gründe für die Richtigkeit der gemachten Subsumtion einer Prüfung unterzogen würden.

XIV.

Eine neue Lombardahandschrift zu Augsburg.

Von Prof. Anschütz.

Auf der bischöflichen Ordinariatsbibliothek zu Augsburg ist neuerdings eine Handschrift der Lombarda aufgefunden worden, welche der rechtsgeschichtlichen Forschung bisher gänzlich entgangen war. Die Handschrift ist wichtig durch ihre Glossen, denn in diesen sind die Namen und Ansichten der großen langobardischen Juristen erwähnt, welche meist der Rechtsschule von Pavia angehörten und welche uns durch Merkel's Geschichte des Langobardenrechts bekannt geworden sind. Es sind dies die antiqui (judices), dann Wilihelmus, Bonifilius, Lanfrancus (der spätere Erzbischof von Canterbury), Walcausa (Gualcosius), Ariprand. Zu diesen bereits bekannten Namen kommen zwei auch in andern Handschriften der Lombarda häufig erwähnte langobardische Juristen Armannus und Ugo. Das Zeitalter, welchem der letztere angehört, ist noch nicht genau bestimmt; daß jedoch dieser Ugo von dem Bologneser Hugo de Porta Ravennate verschieden sei, darüber kann nach dem Inhalt der Glossen kein Zweifel sein, obgleich es gewiß ist, daß der als Glossator des Römischen Rechts berühmte Bologneser Hugo auch eine Schrift über den gerichtlichen Zweikampf nach langobardischem Recht geschrieben hat (Merkel zu Savigny Geschichte des R. R. im Mittelalter IV, 512—517). Bei Armannus bleibt die Wahl zwischen der Glanzperiode der Rechtsschule von Pavia und dem Zeitalter des Ariprand, denn ein Armannus judex Sacri Palatii wird mit Sigefredus in einem Placitum vom J. 1001 und mit Sige-

fredus und Bonusfilius in einem andern Placitum vom J. 1014 erwähnt (Muratori Ant. Est. p. 127. 113), während hundert Jahre später ein Armannus jurisperitus in einem Placitum des Markgrafen Fulco von Este vom J. 1115 vorkommt (Muratori Antich. Est. p. 314).

An einer Stelle der Augsburger Handschrift ist eine Disputation zwischen Lanfrancus und Bonifilius wiedergegeben, welche ganz jenen Controversen und Disputationen gleicht, von denen Merkel nach der Neapolitaner Handschrift der Lombarda (Codex Brancatianus S. Angeli in Nido) Kunde giebt und in welchen Lanfrancus „allezeit über seine Gegner siegte". (Merkel Gesch. des Langobardenrechts S. 14.) Die Disputation steht bei L. 30 Lomb. II, 55 und bezieht sich auf dieses Gesetz; sie lautet:

> Lanfrancus et Bonifilius. Si ostensor cartule falsam appellatam idoneire voluerit et notarius et testes mortui fuerint, quomodo purificare eam debet? Bonifilius: Per usum ostensor cartule cum XII juratoribus et cum duabus aliis cartulis eam purificare debet. Lanfrancus: Habeturne in hac lege aliud preter usum istum? Bonifilius: Non. [Lanfrancus:] Ergo usus est contra legem et quod sit contra legem prologus Ottonis declarat, ubi dicit „qua ex re mox detestabilis et improbus usus adolevit." Bonifilius obmutuit.

Die hier citirten Worte sind aus dem Gesetze Otto II., L. 34 Lomb. h. t. II, 55 entlehnt.

Die Augsburger Lombardahandschrift gehört also zu derselben Gattung wie die Codices Vaticano Palatinus 772 und Laurentianus LXXVII, 10, in welchen die Glossen aus dem Apparat des Papienser Rechtsbuchs und aus Ariprand's Commentar ausgezogen und in die Lombarda herübergenommen sind (Merkel Geschichte des Langobardenrechts S. 41). Eine vollständige Uebertragung des Papienser Apparats in die Lombarda hat bekanntlich in der oben erwähnten Neapolitaner Handschrift, dem Codex Bran-

catianus, stattgefunden und diesem Coder nähert sich der Augsburger darin, daß an drei Stellen desselben sich Formeln finden, deren Paveser Ursprung unverkennbar ist.

Die Augsburger Handschrift stammt aus dem Kloster Füssen, wie dies eine auf fol. 1 stehende Inschrift saec. XV. bezeugt: Iste liber est monasterii S. Magni in faucibus. Nach Füssen aber muß sie aus Italien gekommen sein. Gegenwärtig gehört sie, wie oben erwähnt wurde, der bischöflichen Ordinariatsbibliothek in Augsburg, wo sie die Nummer XXVI, A, 14 führt. Text und Glossen sind saec. XII., beide sind gleichzeitig geschrieben und nur wenige Nachträge sind bemerkbar. Die Lombarda ist wie in den meisten andern Handschriften in drei Bücher eingetheilt und da Lothars des Sachsen Gesetz von 1136 über die Lehnsveräußerung weder im Titel De beneficiis noch als Nachtrag am Schlusse steht, so gehört der Coder der Classe L an.

XV.

Literaturübersicht.

(April bis Juli 1858.)

1) Encyklopädie und Philosophie des Rechts; Aufgabe, Zweck, Methodik und Literatur der Rechtswissenschaft.

Bergmann, J., Leibnitz als Reichshofrat in Wien u. dessen Besoldung. Ueber den kaiserl. Reichshofrat nebst dem Verzeichniß der R. H. R. Präsidenten v. 1559—1806. Wien. Gerolds Sohn in Comm. Lex.-8. Geh. 1/6 Thlr.
Bluhme, F., Encyklopädie der in Deutschland geltenden Rechte. 3. Abth. 2. Lfg. Kirchenrecht. Bonn. Marcus. gr. 8. Geh. 1⅓ Thlr.
Bibliotheca iuridica. Verzeichniß der vorzüglichsten Schriften aus allen Zweigen der Staats- u. Rechtswissenschaft. 2. Aufl. Wien. F. Manz. gr. 8. Geh. baar ¼ Thlr.
Prantl, C., Ueber die geschichtlichen Vorstufen der neuern Rechtsphilosophie. Rede. Münch. Franz in Comm. Geh. 8 Sgr.

2) Geschichte und Quellen des Rechts; Exegese und Hülfsmittel zum Gebrauch der Quellen.

a. Römisches Recht.

Hingst, S. J., Commentatio de bonorum possessione. Praemio aureo ornata. Amstelodami apud Jo. Müller. gr. 8. 2 fl. 40 c.
Institutionum de regularum iuris Romani syntagma. Exhibens Gai et Justiniani institutionum synopsin, Ulpiani librum singularem regularum etc. Edidit R. Gneist. Lips. Teubner. gr. 8. Geh. 1⅓ Thlr.
Klotz, R., de duodecim tabularum libello eiusque origine. Lips. Dürr. gr. 4. Geh. 4½ Sgr.
Plange, J., Ueber res mancipi u. nec mancipi. Heidelb. Bangel & Schmitt. gr. 8. Geh. 12 Sgr.
Rein, W., das Privatrecht u. der Civilprozeß der Römer v. d. ältest. Zeit bis auf Justinian. (2. Aufl.) Leipz. F. Fleischer. gr. 8. Geh. 5 Thlr.
Schimmelpfennig, Th., Hommel rediuiuus oder Nachweisung der bei den vorzüglichsten älteren u. neueren Civilisten vorkommenden Erklärungen einzelner Stellen des Corp. iur. civil. 1. u. 2. Lfg. Cassel. Fischer. gr. 8. Geh. Subscr.-Pr. à ½ Thlr.
Zachariä v. Lingenthal, K. E., Innere Geschichte des griechisch-römischen Rechts. III. Erbrecht. Leipzig. Schulze in Comm. Lex.-8. Geh. baar 3⅓ Thlr.

b) Deutsches Recht.

Boehlau, H., Noue constitutiones Domini Alberti, d. i. der Landfriede v. J. 1535 m. d. Glosse des Nic. Wurm. Weimar. Böhlau. hoch 4. Geh. 1⅚ Thlr.

Bonnell, H. E., de dignitate Maioris domus regum Francorum a Romano sacri cubiculi praeposito ducenda. Berl. Enslin. gr. 8. Geh. ⅓ Thlr.

v. Daniels, Gruben, Kuehns, Rechtsdenkmäler des dtschn. Mittelalters. 3. Lfg. (Land- u. Lehnrechtsbuch. Sächsisches Land- u. Lehnrecht. Schwabenspiegel u. Sachsenspiegel. Von Daniels. 1 Bd.) Berl. Mylius. gr. 4. Geh. 1⅓ Thlr.

v. Daniels, A., Spiegel der deutschen Leute. Handschriftfund d. Prof. Ficker in Innsbruck. Berl. Mylius. gr. 8. Geh. ⅚ Thlr.

Codex diplomaticus et epistolaris Moraviae. Urkunden-Sammlung zur Geschichte Mährens, hrsg. v. Chlumecky u. red. v. J. Chytil. 7. Bd. 1. Abth. Brünn, Nitsch u. Grosse in Comm. gr. 4. Geh. 2⅔ Thlr.

Monumenta rerum Bohemico-Moravicarum et Silesicarum. Sect. II. Leges et Statuta. Liber I. Brünn. Nitsch & Grosse in Comm. Geh. 28 Sgr.

Philipps, die deutsche Königswal bis zur goldnen Bulle. Wien. Gerolds Sohn in Comm. gr. 8. Geh. 1 Thlr.

Voigt, J., Streithändel zwischen den Herzogen Ludwig d. Bärtigen v. Ingolstadt u. Heinrich d. Reichen v. Landshut üb. die Landestheilung v. 1392. München. Franz in Comm. gr. 4. baar 6½ Sgr.

Wigand, P., denkwürdige Beiträge f. Geschichte u. Rechtsalterthümer aus westphäl. Quellen gesammelt ꝛc. Leipz. Hirzel. gr. 8. Geh. 1½ Thlr.

Zöpfl, H., deutsche Rechtsgeschichte. 3. Aufl. Stuttg. Krabbe. gr. 8. In engl. Einb. 5 Thlr. 6 Sgr.

3) Gemeines Civilrecht.

Gerber, C. F. v., System d. dtschn. Privatrechts. 6. Aufl. Jena. Mauke. gr. 8. Geh. 3 Thlr. 18 Sgr.

Günther, C. F., In causa damni, quod quis alteri nec dolo nec culpa dedit, utrum ius Romanum an iura antiqua Germanica in foro debeant praeualere? Pars I. II. Lips. Dürr. 4. Geh. à 3 Sgr.

Hassenpflug, F., Ueber den Einfluß d. Wechsels auf unterliegende Obligationsverhältnisse. Cassel. Bertram. gr. 8. Geh. 16 Sgr.

Heise's Handelsrecht. Nach dem Orig. Manuscript. Frankf. a. M., Sauerländer. gr. 8. Geh. 2⅔ Thlr.

Karlowa, O., Juris Romani principia de accessionibus possessionum, quae in usucapionibus rerum et in temporalibus praescriptionibus atque in interdictis possessoriis locum habent. Götting. Dieterich in Comm. gr. 4. 16 Sgr.

Karvasy, A., Lehrbuch d. Wechselrechts hauptsächlich für Handels- u. Industrie-Schulen, nach der allg. Wechselordn. u. den noch Kraft habenden ungar. Wechselgesetzen. 2. Aufl. Pesth, Heckenast. gr. 8. Geh. ⅔ Thlr.

Koch, C. F., Recht der Forderungen nach gem. u. Preuß. Recht m. Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen histor.-dogmatisch dargestellt. 2. Ausg. 1. Bd. 1. u. 2. Lfg. Berl. Guttentag. Geh. à ⅔ Thlr.

Schlesinger, R., Zur Lehre v. d. Formalcontracten und der querela non numeratae pecuniae. 2 Abhandll. Leipz. Hirzel. gr. 8. Geh. 2 Thlr.

Unterholzner's, K. A. D., Ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten. 2. Aufl. bearbeitet v. Th. Schirmer. 1. Bd. Leipz. Barth. gr. 8. Geh. 2½ Thlr.

Wächter, O., das Verlagsrecht, m. Einschluß der Lehren v. d. Verlagsvertrag u. Nachdruck nach den geltenden deutschen u. internationalen Rechten. 2. Hälfte. Stuttg. Cotta. gr. 8. Geh. 2 Thlr. 12 Sgr.

4) Partikuläres Privatrecht.

Blaschke, J., das österr. Wechselrecht in vergleichender Darstellung m. d. ausländischen u. früheren österr. Wechselgesetzen. 3. Aufl. Wien. F. Manz. Geh. 1 Thlr. 24 Sgr.
Curtius, C. F., Handbuch des im Kgr. Sachsen geltenden Civilrechts. 4. Thl. 2. Abth. 3. Ausg. Leipz. Schwickert. gr. 8. 1 Thl. 22 Sgr.
Ergänzungen u. Erläuterungen der Preuß. Rechtsbücher durch Gesetzgebung u. Wissenschaft. 4. Ausg. bearb. v. L. v. Rönne. 1. Bd. Ergänzungen des Allg. Landrechts. Thl. I. 1. Lfg. Berlin. Decker. 4. Geh. 1 Thlr.
Goltdammer, Kommentar u. vollständige Materialien zur Konkurs-Ordnung v. 8. Mai 1855 u. zu dem Gesetz betr. die Befugniß der Gläubiger zur Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb d. Konkurses v. 9. Mai 1855. 2. Ausg. Berl. Decker. Lex.-8. Geh. 3¼ Thlr.
Jungermann, M., Handb. d. bayerisch. Hypotheken- u. Prioritätsrechts m. Einschl. des hierauf bezügl. Verfahrens. Münch. Fleischmann in Comm. gr. 8. 1857. 1 Thlr. 18 Sgr.
Koch, Recht der Forderungen s. sub Nr. 3.
Meyhoefer, Zur Reform d. preuß. Hypothekenwesens. Berl. Heymann. 8. Geh. 6 Sgr.
Pape, C. F., Entgegnung auf die v. d. Kgl. Ob.-Tribunal in Berlin in seinen Rechtssprüchen aufgestellte Ansicht v. d. Wesen der Hypothek nach Preuß. Recht nebst Bemerkungen über 23 v. dems. Gerichtshofe in Hypothekensachen ergangenen Erkenntnisse. Berl. Geelhaar. gr. 8. Geh. ¾ Thlr.
—— Nachtrag zu der Schrift: Entgegnung auf die v. d. Kgl. Ob.-Tribunal in Berlin &c. Berlin. Geelhaar. gr. 8. Geh. 3½ Sgr.
Roth, P., Mecklenburgisches Lehnrecht. Rostock. Stiller. gr. 8. Geh. 2 Thlr.
—— u. v. Maibom, V., Kurhessisches Privatrecht. 1. Bd. 2. Lfg. Marburg. Elwert. gr. 8. Geh. 1 Thlr. 3. Lfg. Ebendas. ⅔ Thlr.
Scheuermann, W., Ueber die Erwerbung des Grundeigenthums und deren Eintragung in öffentliche Bücher nach französ. u. badischem Rechte &c. Heidelberg. Groos. 8. 1 Thlr. 10 Sgr.
Strey, A., das Verfahren in Nachlaßsachen nach den Vorschriften des Allg. Landrechts &c. Berl. Decker. 8. Geh. 24 Sgr.
Stubenrauch, M. v., das allg. bürgerl. Gesetzbuch v. 1. Juli 1811 sammt den dazu erflossenen Nachtrags-Verordn. &c. erläutert. 24. 25. Lfg. Wien. F. Manz. gr. 8. Geh. à 16 Sgr.

5) Civilprozeß, Gerichtsverfassung, Praxis und freiwillige Gerichtsbarkeit.

Bergmann, Leibnitz als Reichshofrath &c. (s. Nr. 1.)
Blaschke, J., der Oesterreichische Wechselprozeß mit theilweiser Berücksichtigung der in Deutschland bestehenden Wechselprozeßvorschriften. Wien. Manz. gr. 8. Geh. 24 Sgr.
Callenberg, F. J., Reglement der Subalternen-Bureau's der Kgl. Preuß. Gerichte in seiner jetzigen Gestalt. 1. Lfg. Sigmaringen. Liehner. Lex.-8. Geh. ¼ Thlr.
Die Gesetze vom 18. April 1855 u. 3. Mai 1858 betr. das Verfahren

bei Theilungen u. bei gerichtlichen Verkäufen von Immobilien im Bezirk des A.-Gerichtshofes zu Köln ꝛc. Köln. Schmitz. Lex. 8. Geh. ½ Thlr.

Gerber, H., Beiträge zur Lehre v. Klagegrund u. der Beweislast. Jena. Mauke. gr. 8. Geh. 24 Sgr.

Langenbeck, W., die Beweisführung in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten. 1. Abth. den Gegenstand des Beweises behandelnd. Leipz. Engelmann. gr. 8. Geh. 1 Thlr.

Schlüter, C. W. G., Commentar zur allg. bürgerl. Prozeßordn. d. Kgr. Hannover. 5—7. Hft. Stade. Pockwitz. gr. 8. à ⅓ Thlr.

Seuffert, G. K. L., Streitfragen aus den Erkenntnissen des obersten Gerichtshofes des Kgr. Bayern in Competenzconflikten zw. d. Gerichten u. Verwaltungsbehörden v. J. 1851—1858. München. Giel. Geh. 12 Sgr.

Wetzell, G. W., System des ordentl. Civilprozesses. 2. Abth. Leipzig. B. Tauchnitz. gr. 8. Geh. 1½ Thlr.

6) Staats-, Völker- und öffentliches Recht.

Corpus iuris confoederationis Germanicae od. Staatsacten für Geschichte u. öffentl. Recht des deutschen Bundes. Hrsg. v. P. A. G. v. Meyer. Ergänzt v. H. Zoepfl. 3. Aufl. 2. Bd. 1. Lfg. Frankf. a. M. Brönner. hoch 4. Geh. 1 Thlr.

Das Staatslexikon. Hrsg. von K. v. Rotteck u. C. Welcker. 3. Aufl. 20. 21. 22. Hft. Leipz. Brockhaus. Lex.-8. à 8 Sgr.

Deutsches Staatswörterbuch ꝛc. Hrsg. v. Bluntschli u. Brater. 26. 27. 28. 29. Heft. Stuttg. Expedit. des Staatswörterb. gr. 8. à ⅔ Thlr.

Hof- u. Staatshandbuch d. Großherzogth. Hessen. 1858. Darmstadt. Jonghaus in Comm. gr. 8. Geh. 1¾ Thlr.

—— —— des Großherzogth. Oldenburg f. 1858. Oldenburg. Schulze'sche Buchhandl. gr. 8. Geh. 1⅓ Thlr.

—— —— des Kgr. Bayern. 1858. Münch. Palm in Comm. Geh. baar 1 Thlr. 24 Sgr.

—— —— des Kaiserth. Oesterreich f. d. J. 1858. 1—4. Thl. Wien. Braumüller in Comm. Geh. 7 Thlr. 6 Sgr. 5. u. 6. Thl. Ebend. 2 Thlr. 24 Sgr.

Königl. Preußischer Staatskalender f. d. J. 1858. Berl. Decker. gr. 8. Cart. baar 3 Thlr.

Kurfürstl. Hessisches Hof- u. Staatshandbuch auf d. J. 1858. Cassel. Bohné'sche Buchh. baar 1⅓ Thlr.

Michaud, J., Le droit d'asile en Europe et en Angleterre. In 8°. Paris. Amyot.

Neumann, L., Recueil des traités et conventions conclus par l'Autriche avec les puissances étrangères, depuis 1763 jusqu'à nos jours. T. IIII. Leipz. Brockhaus. gr. 8. Geh. 3⅔ Thlr.

Oesfeld, M. v., Preußen in staatsrechtl., kameralistischer u. staatswirthschaftl. Beziehung. 2. Thl. Finanzwissenschaft, Polizeiwissenschaft u. Landwirthschaftslehre. Breslau. Kern. 8. Geh. 1 Thlr. 18 Sgr.

Staatskalender der freien Hansestadt Bremen f. d. J. 1858. Hrsg. H. Strack. Bremen. Strack. Lex. 8. Geh. 1⅓ Thlr.

Staats- u. Adreßhandbuch der freien Stadt Frankfurt. 1858. Frankf. a. M. C. Jügel in Comm. Geh. 2 Thlr. 7 Sgr.

—— —— des Herzogth. Nassau f. d. J. 1858. Wiesbaden. Limbarth in Comm. Cart. baar 1 Thlr.

Staats- u. Gesellschaftslexikon. In Verbindung mit dtschn. Gelehrten u. Staatsmännern hrsg. von H. Wagener. 1. Hft. Berlin. Heinicke. Lex. 8. ⅓ Thlr.

Ubicini, M. A., La Question des Principautés devant l'Europe, exposé sommaire des faits, accompagné de la collection complète des documents officiels, notes et circulaires diplomatiques, procès-verbaux etc. depuis les conférences de Vienne (1855) jusqu'à la clôture de divans moldo-valaques (janvier 1858) avec une carte des Principautés d'après le tracé de la nouvelle frontière. In 18. VIII. 412 p. Paris, Dentu. 4 fr.

Urkundenbuch zur Geschichte der Holstein-Lauenburg'schen Angelegenheit am Deutschen Bunde in d. J. 1851 bis 1858. Frankfurt a. M. Auffarth. gr. 8. Geh. 5/6 Thlr.

Wappen und Titel des preuß. Königshauses erläutert durch eine Uebersicht d. Wachsthums der Monarchie m. vorgedrucktem Wappen u. einer histor. Karte v. H. F. Berl. Bieler & Co. gr. Lex.-8. Geh. 1/3 Thlr.; mit color. Wappen 1/2 Thlr.

Zachariä, H. A., die dtschn. Verfassungsgesetze der Gegenwart, einschließlich der Grundgesetze des dtschn. Bundes ꝛc. 1. Fortsetzg. Göttingen. Dieterich. gr. 8. Geh. 1 Thlr.

7) Kirchenrecht.

Aktenstücke aus der Verwaltung des evangel. Oberkirchenrats. 9. Heft. (2. Bds. 3. Heft.) Berl. Bessersche Buchh. gr. 8. 12 Sgr.

Barth, W., die Verfassungsfrage der evangel. Kirche in Württemberg. Nördl. Beck. gr. 8. Geh. 1/3 Thlr.

Das Verfahren wider den ordentl. Professor der Theologie Dr. Baumgarten in Rostock. Geschichtl. u. rechtlich. Schwerin. Stiller. gr. 8. Geh. 1/6 Thlr.

Brömel, A., Herr Prof. D. v. Hofmann u. die Actenstücke die Amtsentlassung des Prof. d. Theologie D. Baumgarten in Rostock betreffend. Berl. Schlawitz. gr. 8. Geh. 1/4 Thlr.

Delitsch, F., u. A. v. Scheurl, die Sache des Prof. D. Baumgarten in Rostock theologisch u. juristisch beleuchtet. Erl. Bläsing. gr. 8. Geh. 1/3 Thlr. 2. Abdr. Ebendas. 1/3 Thlr.

Die Lage der katholischen Kirche unter der Herrschaft des Staatskirchenrechts im Kanton St. Gallen. Denkschrift. 1. u. 2. Aufl. St. Gallen. Köppel. gr. 8. Geh. 6 Sgr.

Reyscher, L., das österreichische u. württemberg. Konkordat nebst dessen separaten Zugeständnissen 2. Aufl. Tübingen. Fues. gr. 8. Geh. 16 Sgr.

Richter, L., Beiträge zur Geschichte d. Ehescheidungsrechts in der evangel. Kirche. Berl. Wiegandt u. Grieben. gr. 8. Geh. 1/2 Thlr.

Schenkel, D., die Amtsentlassung des Prof. D. Baumgarten in Rostock. Nach d. Actenstücken beleuchtet. Darmstadt. Leske. gr. 8. Geh. 1/4 Thlr.

8) Criminalrecht und Prozeß.

Ausführliche Criminalprozedur gegen die Giftmörderin Josephine Bliesing, Wwe. Brückmann. Cöln. W. Greven. 8. Geh. 1/6 Thlr.

Betrachtungen auf dem Gebiet der Strafprozeßlehre. Breslau. Graß, Barth & Co. gr. 8. Geh. 8 Sgr.

Der neue Pitaval ꝛc. hrsg. v. Hitzig u. Häring. 2. Aufl. 2. 3. 4. Thl. Leipz. Brockhaus. gr. 12. Geh. à 1 Thlr. — 1. Aufl. 26. Thl. (N. Folge 2. Thl.) Ebendas. gr. 12. Geh. 2 Thlr.

Der Strafprozeß im Kgr. Bayern diesseits des Rheins. 3. Bdchn. 4. u. 5. Lfg. München. Franz. 8. Geh. 12 Sgr.

Du Bois, Alb., Histoire du droit criminel des peuples modernes considéré dans les rapports avec les progrès de la civilisation, depuis la

chute de l'empire romain jusqu'au dix-neuvième siècle; pour faire suite à l'Histoire du droit criminel des peuples anciens, du même auteur. Tome II. Paris. 1858. 8. 2 Thlr. 15 Sgr.

Fleck, E., die Verordnungen üb. die Ehrengerichte im Preuß. Heer u. üb. die Bestrafungen der Offiziere wegen Zweikampfs. 2. Aufl. Berl. Decker. 8. Geh. ¾ Thlr.

Hälschner, H., das Preuß. Strafrecht. 2. Thl. A. u. d. T.: System des Preuß. Strafrechts. 1. Thl. Bonn. Marcus. gr. 8. Geh. 2⅔ Thlr.

Kärcher, K. G., die Straferkenntniß. Eine Begründung des Strafbeweises in der Denklehre. 2. Bd. 1. Abth. Erlangen. Enke. gr. 8. Geh. 22 Sgr.

Michel, C. S., Handbuch des Gefängniß- u. Straf-Vollstreckungswesens bei d. Gerichten in Preußen f. Richter, Subalternbeamte u. Gefängnißinspectoren. Berl. Th. Grieben gr. 8. Geh. 1⅓ Thlr.

Mittermaier, K. J., die Gefängnißverbesserung, insbes. die Bedeutung u. Durchführung der Einzelhaft im Zusammenhang mit dem Besserungsprinzip nach den Erfahrungen der verschied. Strafanstalten. Erlangen. Enke. gr. 8. Geh. 28 Sgr.

Pfeiffer, L., das gem. deutsche Strafrecht der Gegenwart. 1. Abth. Tübingen. Laupp. gr. 8. Geh. 2 Thlr.

Radmacher, F., u. G. Rahn, der animalische Magnetismus vor Gericht! od. vollständ. Bericht über die am 8. Juli 1851 in Berlin verhandelte Anklage gegen Zincke rc. 4. Aufl. Berl. Rahn. 8. Geh. 3 Sgr.

Schmidt, K. E. F., das schwurgerichtl. Verfahren in Preußen. Leitfaden für Geschworne u. Beamte. Breslau. Kern. gr 8. Geh. ½ Thlr.

Temme, J., deutsche Kriminalgeschichten. 3. Bdchn. Leipz. Magaz. f. Literatur. 8 Geh. 12 Sgr.

Uebersicht der Strafrechtspflege im Großherzogthum Baden während d. J. 1854. 1855. 1856. Hrsg. v. Großherzogl. Justizministerium. Carlsruhe. gr. 4. Geh. 1¼ Thlr.

9) Zeitschriften und casuistische Literatur.

Ackermann, G. A., Rechtssätze aus Erkenntnissen u. Verordnungen der obersten Justiz- u. Spruchbehörden des Kgr. Sachsen. N. F. 8. Bd. 2. Heft. Wurzen. Verlags-Comtoir. gr. 8. ⅔ Thlr.

Archiv f. civilist. Praxis, herausg. v. Francke, Lincke, Mittermaier u. v. Vangerow. 41. Bd. 1. Heft. Heidelb. Mohr. gr. 8. pro cplt. 2 Thlr.

—— f. d. öffentl. Recht des dtschn. Bundes. Hrsg. von v. Linde. 3. Bd. 1. Heft. (Deutsches Postrecht.) Gießen. Ferber. gr. 8. ½ Thlr.

—— f. deutsches Wechselrecht. Hrsg. v. Siebenhaar u. Tauchnitz 6. Bd. 4. Heft. Leipzig. B. Tauchnitz. gr. 8. ⅔ Thlr. 7. Bd. 1. Heft. Ebendas. ⅔ Thlr.

—— f. d. strafrechtl. Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Deutschlands. Hrsg. v. J. D. H. Temme. 1858. 1. Hft. Erl. Enke. gr 8. ⅔ Thlr.

—— f. Entscheidungen der obersten Gerichte in d. dtschn. Staaten. Hrsg. v. J. A. Seuffert u. E. A. Seuffert. 12. Bd. 1. Heft. München, literar.-artist. Anstalt. gr. 8. 22 Sgr.

—— f. kathol. Kirchenrecht m. besond. Rücksicht auf Oesterreich. Hrsg. von Moy de Sons. 3 Bd. 1 u. 2. Heft. Innsbruck. Aufschläger. Lex.-8. pro cplt. 2 Thlr 8 Sgr.

—— f. practische Rechtswissenschaft. Hrsg. von C. F. Elvers, E. Hoffmann, M. Schäffer, E. Seitz. 2. Beilageheft. Marburg. Elwert. gr. 8. ⅚ Thlr. 6. Bd. 1. Heft. gr 8. pro cplt. 2 Thlr.

Beiträge zur Erläuterung des Preuß. Rechts durch Theorie und Praxis. Hrsg. v. J. A. Gruchot. 1. Jahrg. 3. Heft u. 2. Jahrg. 1. Heft. Hamm. Grote. gr. 8. à ⅔ Thlr.

Der Gerichtshof. Zeitschrift f. d. öffentliche Strafverfahren. Hrsg. v. W. Th. Kritz. 1. Bd. 4. Heft. Leipz. Roßberg'sche Buchh. gr. 8. ⅓ Thlr.

Die allg. dtsche. Wechselordnung nebst den v. d. Kgl. Pr. Obertribunal gefällten wechselrechtl. Entscheid. 2. Abdr. Berl. Springer. 16. Cart. ⅓ Thlr.

Die Strafrechtspflege in Deutschland. 3. Heft. Weimar. Landes-Industriecomtoir. gr. 8. ⅓ Thlr

Entscheidungen des Kgl. (Preuß.) Obertribunals. Hrsg. von Zettwach, Decker u. Heinsius. 37. Bd. (3. F. 7. Bd.) Berl. Heymann. 6 Hfte. gr. 8. 2 Thlr.

Goltdammer, Generalregister f. d. 5 ersten Bände des Archivs f. Preuß. Strafrecht 1853—1857. Berl. Decker. Lex. 8. Geh. 12 Sgr.

Herbst, E., die grundsätzlichen Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofs über zweifelhafte Fragen d. allg. österr. Strafrechts. 3. Aufl. Wien. Manz. gr. 8. Geh. 1 Thlr. 24 Sgr.

Jahrbücher der dtschn. Rechtswissenschaft u. Gesetzgebung. Hrsg. v. H. Th. Schletter. 4. Bd. 1. Heft. Erl. Enke. gr. Lex. 8. ⅔ Thlr.

Kletke, G. M., Rechtssätze aus Erkenntnissen u. Verordnungen der obersten Justiz- u. Spruchbehörden d. Kgr. Sachsen in Wechselstreitsachen. Dresd. Meinhold & Söhne. 8. Geh. ¼ Thlr.

—— Sammlung v. Präjudizien der obersten Gerichtshöfe Dtschlands in Handels-, See- u. Wechselrechts-Streitsachen bis zu Ende d. J. 1856. 2. Fortsetzung. Erl. Enke. gr. 8. Geh. 1 Thlr. 16 Sgr.

Neues Archiv für Handelsrecht. Hrsg. v. J. F. Voigt u. E. Heinichen. 1. Bd. 2. Heft. Hamburg. Perthes-Besser u. Mauke. gr. 8. ⅔ Thlr.

Oesterreichische Vierteljahrsschrift f. Rechts- u. Staatswissenschaft. Hrsg. v. F. Haimerl. 1. Jahrg. 1858. 1. Hft. Wien. Braumüller. gr. 8. pro cplt. 4 Thlr.

Peitler, F., Sammlung v. Entscheidungen zum allg. österr. bürgerl. Gesetzbuch. 1. 2. 3. 4. Lfg. Wien. F. Manz. Geh. à ⅔ Thlr.

Schuster, F., Gerichtl. Entscheidungen zum österr. (allg. dtschn.) Wechselrecht u. Wechselprozeß. 2. Aufl. Wien. F. Manz. gr. 8. Geh. 1 Thlr. 3 Sgr.

Württembergisches Archiv f. Recht u. Rechtsverwaltung m. Einschl. der Administrativjustiz. Begründet von Sarwey, fortges. v. F. Ph. F. Kübel u. O. F. Sarwey. 2. Bd. 1. Abth. Stuttgart. Lindemann in Comm. 8. Geh. pro cplt. 2 Thlr. 4 Sgr.

Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Hrsg. v. L. Goldschmidt. 1. Bd. 1. u. 2. Heft. Erl. Enke. gr. 8. à 20 Sgr.

—— für die gesammte Staatswissenschaft. In Verbindung mit K. H. Rau, R. Mohl u. G. Hannsen. Hrsg. v. d. Mitgliedern der staatswirthschaftl. Facultät zu Tübingen. 14. Jahrg. 1. Heft. gr. 8. pro cplt. 4⅔ Thlr.

—— für Gesetzgebungs- u. Verwaltungsreform. Hrsg. v. K. Brater. 1. Heft. Nördl. Beck. gr. 8. Geh. ⅔ Thlr.

—— für Gesetzgebung u. Rechtspflege des Kgr. Bayern. 5. Bd. 1. Heft. Erl. Palm & Enke. Lex. 8. Geh. ⅔ Thlr.

—— für Kunde u. Fortbildung der Zürcherischen Rechtspflege. Hrsg. v. J. Schauberg. 5. Bd. 1. Heft. Zürich. Schultheß. pro cplt. 2 Thlr.

—— für Rechtspflege u. Verwaltung zunächst f. d. Kgr. Sachsen. Hrsg. v. Th. Tauchnitz. N. F. 17. Bd. 1. u. 2. Heft. Leipz. B. Tauchnitz. gr. 8. Geh. à ½ Thlr.

10) Gesetze und Gesetzsammlungen, populäre Literatur, Justizpolitik, encyklopädisch-lexikalische Werke und Anderes.

Adler, A., der Vorbereiter zum juristischen Examen, sowol für Jünger der Rechtswissenschaft als auch für jeden Grundbesitzer von wesentlichem Interesse. Rechtsgrundsätze des Kgl. Obertribunals über Grundgerechtigkeiten u Eigenthumsbeschränkungen. Berlin. Th. Grieben. gr. 8. Geh. ⅜ Thlr.

Ansichten über die Aufhebung der Leibeigenschaft u. die Ertheilung des Grundeigenthums an die Bauern. Ausgearb. v. H. G. N. Eisleben. Reichardt in Comm. Geh ½ Thlr.

Cäsar, F., Handlexikon des Preuß. Civilrechts u. Civilprozesses f. alle Stände ꝛc. Erfurt. Körner's Verl. gr. 8. Geh. 1½ Thlr.

Denkschrift üb. Wesen und Nutzen der Hypotheken-Versicherung u. über die Rätlichkeit der Begründung einer Hypotheken- u. Rückversicherungsanstalt im Kgr. Sachsen. 2. Aufl. Dresd. Kuntze. gr. 4. Geh. ⅓ Thlr.

Der Preußische Rechtsanwalt od. prakt. Handbuch für Geschäftsmänner u. Kapitalisten, namentl. Kaufleute, Fabrikanten ꝛc. bei Einziehung ihrer Fordergn. im gerichtl. Wege. 5. Aufl. Breslau. Trewendt. gr. 8. Geh. ¼ Thlr.

Die allgemeine dtsche. Wechselordnung nebst den vom Kgl. Preuß. Obertribunal gefällten wechselrechtl Entscheidungen. Zusammengestellt von einem Preuß. Richter. Berl. Springer. Cart. 16. ⅓ Thlr.

Gesetzsammlung f. d. Mecklenburg-Schwerin'schen Lande. 2. Folge, umfassend den Zeitraum vom Anfang dies. Jahrhunderts bis z. J. 1857. Red. v. Raabe. 39. Lfg. od. 6. Bd. 4. Lfg. Wismar. Hinstorff. Lex-8. Geh. ¾ Thlr.

— f. d. Mecklenburg-Strelitz'schen Lande, red. v. Th. Schazenberg u. F. Genzken. 1. Lfg. Neu-Strelitz. Barnewitz. Lex.-8. Geh. 17½ Sgr.

Hausgesetz im Geschlechte der Grafen u. Herren v. Giech nebst Motiven. M. e. Vorwort von C. F. v. Gerber. Tübingen. Laupp. Lex.-8. 1 Thlr.

Hirt, F., der Diebstahl, dessen Verhütung u. Entdeckung ꝛc. 2. Ausg. Zwickau. Volksschriften-Verein. 8. Geh. 8 Sgr.

Justus, das Schuldgefängniß u. seine Folgen, nebst einer kurzen Frage üb allg. Wechselberechtigung. Berl. Friedländer. 8. Geh. ⅙ Thlr.

Kabellatsch, J, Formularien über Grundbuchsgesuche und deren Beilagen für Parteien, welche ohne Beihülfe eines Rechtsfreundes bürgerl. Eintragungen selbst bewirken wollen. Pesth. Osterlamm. 8. Geh. 12 Sgr.

Konkursordnung f. d. Preuß. Staaten v. 8. Mai 1855 nebst d. darauf bezügl. Gesetzen u. Verordnungen. 2. Ausg. Berl. Reimer. gr. 8. Geh. 17½ Sgr.

Lange, M., Kritik der Grundbegriffe vom geistigen Eigenthum. Schönebeck. Berger. 8. Geh. ½ Thlr.

Lundberg, E., das gerichtl. Abschätzungsverfahren nebst Gebührentaxe f. Sachverständige. Ostrowo. Priebatsch. gr. 8. Geh. ⅚ Thlr.

Protokolle der Kommission zur Beratung eines allg. dtschn. Handelsgesetzbuchs. Hrsg. v. J. Lutz. 1. Thl. 1. Heft. 3. Thl. 1. Heft u. Beilagebd. 1. Heft. Würzburg Stahel'sche Buchhandl. gr. 8. Subscr.-Pr. 2 Thlr. 1. Thl. 2. Heft. 3. Thl. 2. Heft u. Beilagebd. 2. Heft. gr. 8. Subscr.-Pr. 2 Thlr. 22 Sgr. 2. Thl. 1. Heft u. Beilagebd. 3. Heft. Subscr.-Pr. 1 Thlr. 24 Sgr.

Sammlung der Gesetze u. Verordnungen im Justizfach f. d. Kaiserthum Oesterreich. 11. Bd. V. 1. Mai bis 28. Juli 1853. Wien. F. Manz. br. 8. Geh. baar 1 Thlr.

Sänger, E. v., die Reform des ländlichen Creditwesens. Bromberg. Levit. gr. 8. Geh. 12 Sgr.

Schmidt, W., Uebersicht u. innere Eintheilung des Stadtgerichts zu Berlin. Berl. Litfaß. 8. Geh. baar 2½ Sgr.

Schopf, F. J., das österreichische Frauenrecht. Eine practische Darstellung aller Rechte und Pflichten, welche die Frauen aller Stände u. Kronländer genießen. Pesth. Heckenast gr. 8. Geh. 1 Thlr.

—— die Jagdverfassung, das Jagdrecht u. die Jagdpolizei in den dtschn., böhmischen, galizisch. u. ungarisch. Kronländern des österr. Kaiserstaats. 4. Aufl. Ebendas. gr. 8. Geh. ⅔ Thlr.

Seelig, W., das Verhältniß zwischen der Gutsherrschaft u. Pächtern bei der Drainirung v. Pachtgrundstücken. 2. Aufl. Kiel. Schwers'sche Buchh. gr. 8. Geh. 8 Sgr.

Vollmar, L., die Erbeseinsetzung der Fränckel'schen Stiftungen. Berl. Mittler & Sohn. gr. 8. Geh. ¼ Thlr.

Zur Reform der österreichischen Civilrechtspflege. Aphoristische Bemerkungen aus der Praxis. Wien. Manz. gr. 8. ¼ Thlr.

11) Ausländisches Recht.

Chantagrel, J., droit administratif, théorique et pratique. Paris 1858. 8. 2 Thlr. 20 Sgr.

Chronologisk Samling af de i Aaret 1856 emanerede Forordninger, Rescripter etc. for Hertugdømmet Slesvig. Slesvig 1857. 4⁰. 6 Thlr.

Coote, H. C., The Common-Form Practice of the Court of Probate in granting Probates and Letters of Administration; with the New Act: also, Rules, Orders, and Instructions in respect of Non-contentions Business, as well as Contentions Business; with Table of Fees etc. London 1858. 12. 5 Thlr. 6 Sgr.

Demolombe, C., Traité des successions. Tome II. Paris 1857. 8⁰. 2 Thlr. 20 Sgr.

Del Marmol, C., De l'expropriation pour cause d'utilité publique en Belgique. Etc. Liége 1858. 1 Thlr. 20 Sgr.

Demeur, A., des sociétés anonymes de Belgique en 1857. Collection complète de statutes en vigueur collationnée sur les textes officiels, avec une introduction et des notes. 1. Livr. Brux. 1857. 20 Sgr.

Eardley-Wilmot, J. E., Lord Brougham's Acts and Bills, from 1811 to the Present Time; now first collected and arranged: with an Analytical Review, showing their Results upon the Amendement of the Law. London. 1857. 8. 8 Thlr. 12 Sgr.

Explication théorique et pratique du code Napoléon etc. par V. Marcadé. — Commentaire, traité théorique et pratique des priviléges et hypothèques mis en rapport avec la loi sur la transcription, par P. Pont. Paris 1858. 8⁰. 5 Thlr.

Féraud-Giraud, L. J. D., Jurisprudence de la cour impériale d'Aix, et décisions notables du tribunal de commerce de Marseille, concernant le droit maritime, 1811—1855. Aix et Marseille 1857. 8. 6 Thlr.

Foss, Edw., The Judges of England; with Sketches of their Lives and Miscellaneous Notices connected with the Courts of Westminster from the Time of the Conquest. Vol. V & VI. Lond. 1857. 8. 11 Thlr. 6 Sgr.

Frojo, L., Commento alle leggi di procedura civile. Parte II. Procedure sommarie e commerciali de' Tribunali civili, procedure de' conciliatori, de' giudici circondariali e degli arbitri. Fasc. 1—14. Napoli 1856—1857. 4⁰. Jede Lfg. 18 Sgr.

Frouart, M: A., de la société en commendite par actions d'après l'ancien droit, le code Napoléon, le code de commerce, le code pénal etc. Paris. Durand. In 8. 3 fr.

Fuger v. Rechtborn, M., das alte und neue Privatrecht in Ungarn, Kroatien, Slavonien rc. bezüglich seiner Fortdauer und Rückwirkung dargestellt. Hermannstadt. Steinhaussen. gr. 8. Geh. 2¼ Thlr.

Garnier, D., Répertoire général. La loi civile et la loi de l'enregistrement comparées, doctrine et jurisprudence. Nouveau dictionnaire des droits d'enregistrement, de transcription, de timbre, de greffe et des contraventions, dont la repression est confiée à l'administration de l'enregistrement. 4e édition 1857. Tome III. Paris. 4⁰. 12 Thlr. 10 Sgr.

Galdo, G., Elementi di Psicologia ed ideologia di diritto penale. Vol. I. Psicologia. Salerno 1857. 8⁰. 2 Thlr. 20 Sgr.

Grey, Earl, Parliamentary Government considered with Reference to a Reform of Parliament: an Essay. London 1858. 3 Thlr.

Glen, W. Cuningham, The Burial Board Acts of England and Wales; with Introduction, Notes, Cases, and Index. Lond. 1858. 2 Thlr. 12 Sgr.

Güterbock, C., die englischen Actiengesellschaftsgesetze v. 1856 u. 1857. Vollständig in dtschr. Uebersetzung. Berl. Springer. gr. 8. Geh. 24 Sgr.

New-Yorker Criminalzeitung u. belletrist. Journal. Red. R. Lerow. 6. Bd. N. 1. New-York. gr. Fol. pro cplt. 5⅓ Thlr.

Observations sur les questions de propriété littéraire et artistique qui doivent être soumises au Congrès de Bruxelles, le 27. septembre 1858, adressées au comité d'organisation du Congrès par le Cercle de la librairie, de l'imprimerie et de la papeterie françaises et par la commission des auteurs et compositeurs dramatiques du même pays. Paris. In 8.

Pacheco, J. F., El código penal concordado y comentado. 2a edicion corregida y aumentada. 3 tomos. Madrid 1856. 4⁰. 8 Thlr.

Parsons, T., The Laws of Business for Business Men, in all the States of the Union. With Forms for Mercantile Instruments, Deeds, Leases, Wills etc. Boston 1857. 8⁰. 5 Thlr. 10 Sgr.

Pouget, L., Des droits et des obligations des divers commissionaires etc. Tome III. Paris 1858. 8. 2 Thlr. 20 Sgr.

Redfield, J. F., A Practical Treatise upon the Law of Railways. Boston 1858. 10 Thlr

Rendu, M. A., Traité pratique des marques de fabrique et de commerce et de la concurrence déloyale, ou commentaire de la loi du 23. juin 1857 sur les marques, et de la loi du 28. juillet 1824 sur les noms, et exposé de la jurisprudence relativement aux divers objets de la propriété industrielle. Paris. Coste et Marchal. gr. 8. 7 fr. 50 c.

Scheuermann, W., Ueber die Erwerbung des Grundeigenthums rc. s. sub Nr. 4.

Marswood, G., Popular Lectures on Commercial Law: written for the Use of Merchants and Business Men. 12. (Philadelphia) London. Cloth. 7 sh.

Thring, H, The Joint-Stock Companies Act, 1856: to which are added the Joint-Stock Companies Acts of 1857; with Introductions, Practical Notes, and Appendices of Forms. London 1857. 12⁰. 2 Thlr. 24 Sgr.

Wehle, C., das Patentwesen in den vereinigten Staaten v. Amerika. New-York 1857. gr. 8. Geh. ⅓ Thlr.

Wharton, Fr., Precedents of Indictments and Pleas, adapted to the use

both of the Cours of the United States and those of the several States; together with Notes of Criminal Pleading and Practice embracing the English and American Authorities generally. 2d and revised edit. Philadelphia 1857. 8. 2 Thlr. 20 Sgr.

Recensionenverzeichniß.

(April bis Juli 1858.)

Oesterr. Vierteljahrsschrift für Rechtsw. 1. Schles. Ztg. 109. Ztschr. f. d. gesammte Handelsrecht 2.
Entscheidungen des Kgl. Ob. Tribunals. Spener'sche Ztg. 82.
Faltin, Anzeigebeweis. Literar. Centralbl. 17
Ficker, Ueb. d. Echtheit d. kl. österr. Freiheitsbriefs. Lit. Centralbl. 22.
Fischer, Ueber d. Errichtung staatswissenschaftl. Seminarien. Gersdorf, Rep. 6.
Fuger v. Rechtborn, d. neue u. alte Privatrecht in Ungarn. Kath. Lit. Ztg. 23.
Gaupp, Von Fehmgerichten. Literar. Centralbl 29.
Geyer, Lehre v. d. Notwer. Schletter, Jahrb. IIII. 1. Kobers Krit. Bl. 22.
Glaser, Abhandll. a. d. österr. Strafrecht. Oesterr. Vierteljahrsschr. f. Rechtsw. 1.
Gneist, Engl. Verfassungsrecht. D. Jahrhundert 15. Allg. Ztg. 103.
Gneist, Institutt. et regular. iuris syntagma. Kath. Literar. Ztg. 21. Gersdorf, Repertor. 10.
Goltdammer, Commentar zur (Preuß.) Concursordnung. Spener'sche Ztg. 82.
Güterbock, Engl. Actiengesellschaftsgesetze. Lit. Centralbl. 24. Ztschr. f. d. gesammte Handelsr. 2.
Hänel, Beweissystem des Sachsenspiegels. Literar. Centralbl. 22.
Hamburger Handelsarchiv. Ztschr. f. d. gesammte Handelsrecht. 1.
Hardung, das Wechselrecht. Köln. Ztg. 19. Apr. Elberfelder Ztg. 2. Apr.
Held, System des Verfassungsrechts. Literar. Centralbl. 15.
Heppe, die Kirchengewalt der Kurfürsten v. Hessen. Z. theol. Literaturbl. 27.
Hirt, Hausfrieden. Aach. Ztg. 14. Schles. Ztg. 121.
Hitzig u Häring, der neue Pitaval. Dtsches. Museum 28. Bl. f. lit. Unterhaltung. 28.
Hocker, Sammlung der Statuten aller Actien- rc Gesellschaften. Ztschr. f. d. gesammte Handelsrecht. 1.
v. Holzschuher, Theorie u. Casuistik des Civilrechts. Lit. Centralbl. 22. Bl. f. Rechtspflege. 7.
Homeyer, Richtsteig Landrechts. Literar. Centralbl. 29.
Jahrbücher d. dtschn. Rechtsw. rc. Hrsg. v. Schletter. Goltdammer, Arch. VI. 1.
Janssen, Einige Worte üb. das österr. Ehegesetz. Archiv für kathol. Kirchenr. II. 7. 8.
Janssen, Kirche u. Staat. Literar. Centralbl. 24.
v. Kaltenborn, Gesch. d. dtschn. Bundesverhältnisse Kath. Lit. Ztg. 15.
Kletke, Samml. v. Präjudizien. Mag. f. Hann. R. VIII. 1. Ztschr. f. d. ges. Handelsrecht 1 u. 2.
Kluckhohn, Gesch. d. Gottesfriedens. Reuter, Repertor. 4. Hamb. Corresp. 106.
Knapp, System der Rechtsphilosophie. Frankfurter Museum 16.
Kober, der Kirchenbann. Archiv f. kathol. Kirchenr. II. 7. 8.
Köppen, Hexen u. Hexenprozesse. Kath. Liter. Ztg. 23.
Kreyßig, Justus Möser. Liter. Mittheil. aus St. Gallen. 21. Krit. Monatshefte 1.
Kritische Ueberschau der dtschn. Gesetzgebung. Allg. Ztg. 117.
Krug, Ideen zu einer gemeinsamen Strafgesetzgeb. Oesterr. Vierteljahrsschr. für Rechtsw. 1.
—— Zur Lehre v. d. fortgesetzten Verbrechen. Mag. f. Hannov. R. VIII. 1. Der Gerichtssaal. 1.
—— Zur Verständigung über die Concurrenztheorie. Mag. f. Hannov. R. VIII. 1. Der Gerichtssaal. 1.
Kuntze, die Lehre v. d. Inhaberpapieren. Ztschr. f. d. gesammte Handelsrecht 1 u. 2. Literar. Centralbl. 18.
Lang, Beiträge zur Hermeneutik. Schletter, Jahrb. IIII. 1.
Levita, der Prozeß Doineau. Mag. f. Hannov. R. VIII. 1.

Strippelmann, Notwendige Eide. Oesterr. Vierteljahrsschr. f. Rechtsw. 1.
—— Christl. Eid. Reuter, Repertor. 4.
Thöl, Ausgew. Entscheidungsgründe d. O. A. G. der 4 freien Städte. Ztschr. f. d. ges. Handelsrecht. 1.
Thudichum, Gesch. des freien Gerichts Kaichen. Anz. f. Kunde d. dtschn. Vorzeit. 5.
Tkalac, Staatsrecht d. Fürstenth. Serbien. Oesterr. Vierteljahrsschr. f. Rechtsw. 1.
Ubbelohde, Ueber d. Satz Ipso iure compensatur. Gött. gel. Anz. 57—59. Gersdorf, Repertor. 8.
Unger, Inhaberpapiere. Ztschr. f. d. gesammte Handelsrecht. 1.
Vaclik, la souveraineté du Montenégro. Dtsche. allg. Ztg. 75.
Volkmar, Verbote gegen d. Handel in Wertpapieren. Ztschr. f. d. gesammte Handelsr. VIII. 1.
Wagener, Staats- u. Gesellschaftslexikon. D. Grenzboten. 28. Preuß. Jahrb. 6. Hamb Nachrichten 146. Volksbl. f. Stadt u. Land. 56.
Wasserschleben, Jurist. Abhandll. Hamb. Corresp. 1857. 280.
Wächter, Verlagsrecht. Gersdorfs Repertor. 5.
Walter, Jurist. Encyklopädie. (Heidelb.) Krit. Ztschr. V. 3.
—— Lehrb. d. Kirchenrechts. Schletter, Jahrb. IIII. 1.
Warnkönig, Jurist. Encyklopädie. (Heidelb.) Krit. Ztschr. V. 3.
Wieding, Nov. Justin. XCIX. Gersdorf, Repertor. 8.
Windscheid, die Actio. Literar. Centralbl. 25.
Zachariä, d. Coburgische Untersuchungssache wider D. &c. Fischer. Kobers krit. Bl. 20.
Zeitschrift f. d. gesammte Handelsrecht. Kathol. Liter. Ztg. 17. Der Gerichtssaal. 2. Bl. für Rechtspflege. 7. Hamb. Nachrichten. 133.
—— f. Handelsgesetzgebung. Mag. f. Hannov. R. VIII. 1. Abendblatt zur neuen Münchner Ztg. 67.
Zell, Leges municipales Salpensana et Malacitana. Kath. Lit. Ztg. 17.
Zöpfl, deutsche Rechtsgeschichte. Allg. Ztg. 121. 122.

Verantwortl. Redacteur: Prof. Dr. E. J. Bekker.

Druck von C. P. Melzer in Leipzig.